اللباب

فى شرح الكتاب

تأليف

الشيخ عبد الغنى الغنيمى ، الدمشقى ، الميدانى ، الحنفى

أحد علماء القرن الثالث عشر

على المختصر المشتهر باسم « الكتاب » الذى صنفه الإمام أبو الحسين
أحمد بن محمد ، القدورى ، البغدادى ، الحنفى ، المولود فى عام ٣٣٢
والمتوفى فى عام ٤٢٨ من الهجرة

من حفظ هذا الكتاب فهو أحفظ
أصحابنا ، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا .
أبو على الشاشى

حققه ، وفصله ، وضبطه ، وعلق حواشيه

محمد محيي الدين عبد الحميد

عفا الله تعالى عنه

الجزء الثانى

المكتبة العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، إِذَا كَانَا بِلَفْظِ الْمَاضِي ،

كتاب البيوع

عقب البيع للعبادات وأخّر النكاح لأن الاحتياج إلى البيع أعم ؛ لأنه يعم الصغير والكبير ، وبه قيام المعيشة التي هي قوام الأجسام ، وبعض المصنفين قدّم النكاح لأنه عبادة ، ثم البيع مصدر ، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره ، كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى ـ وهو الأصل ـ فجمعه باعتبار أنواعه ، فتح .

(البيع) لغة : مُبَادلة شيء بشيء ، مالاً أولا ، بدليل « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم »[1] وهو من الأضداد ، ويستعمل متعدياً لمفعولين ، يقال : بعتك الشيء ، وقد تدخل « من » على المفعول الأول على وجه التأكيد ؛ فيقال بعت من زيد الدار . وربما دخلت اللام ؛ فيقال : بعت لك الشيء ؛ فهي زائدة ، و « ابتاع الدار » بمعنى اشتَرَاها ، وباع عليه القاضي : أي من غير رضاه ، بحر عن ابن القطاع . وشرعاً : مُبَادلة مال بمال بالتراضي .

و (ينعقد بالإيجاب) وهو : ما يذكر أولا من كلام أحد العاقدين (والقبول) وهو : ما يذكر ثانياً (إذا كانا بلفظ الماضي) كبعت واشتريت ؛ لأن البيع إنشاء تصرف ، والإنشاء يعرف بالشرع ، وهو قد استعمل الموضوع للاخبار في الإنشاء ؛ فينعقد به ، ولا ينعقد بلفظين أحدهما مستقبل ، بخلاف النكاح كما سيأتي ، وقوله رضيت، أو أعطيتك بكذا ، أو أخذته بكذا ، في معنى قوله: بعت ، واشتريت ؛ لأنه

(١) صدر الآية ١١١ من سورة التوبة .

وَإِذَا أَوْجَبَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ فَالآخَرُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ ، وَأَيُّهُمَا قَامَ مِنَ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الإِيجَابُ . وَإِذَا حَصَلَ الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَلاَ خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا

يؤدى معناه ، والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود ، ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس ، وهو الصحيح ؛ لتحقق المراضاة ، هداية .

(وإذا أوجب أحد المتعاقدين) بائعاً كان أو مشترياً (البيع فالآخر بالخيار : إن شاء قبل) كل المبيع بكل الثمن (فى المجلس) ؛ لأن خيار القبول مقيد به (وإن شاء رده) لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه ، وللموجب الرجوع ما لم يقبل الآخر لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس؛ لأنه جامع للمتفرقات ، فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر . والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة . وقيدنا القبول لكل المبيع بكل الثمن لأنه ليس له أن يقبل المبيع أو بعضه ببعض الثمن ، لعدم رضاء الآخر بأقل مما أوجب أو بتفرق الصفقة ؛ إلا إذا بين ثمن كل واحد ، لأنه صفقات معنًى (وأيهما قام من المجلس) وإن لم يذهب عنه ، نهر وابن كال (قبل القبول) من الآخر (بطل الإيجاب) لأن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وتقدم أن له ذلك ، وكذلك كل ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ، فتح .

(وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع) وإن لم يقبض (ولا خيار لواحد منهما) لأن في الفسخ إبطال حق الآخر ، فلا يجوز ، والحديث محمول على خيار القبول[1]

---

(١) اعلم أولا أن جميع علماء الشريعة الإسلامية أثبتوا فى البيع أربعة أنواع من الخيار : أولها خيار القبول ، وثانيها خيار العيب ، وثالثها خيار الرؤية ، ورابعها خيار الشرط ، فأما خيار القبول فقد ذكره المصنف هنا بقوله « وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار : إن شاء قبل فى المجلس ، وإن شاء رده » وحاصل هذا أن البائع لو قال : بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم ، لا يتم البيع بهذه العبارة ، ويكون المشترى مخيراً بين أن يقبل وأن يرفض . وكذلك لو قال المشترى ابتداء : اشتريت منك هذا الثوب بعشرة دراهم ، كان البائع مخيراً بين أن يقبل وأن يرفض . وأما خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية فسيأتى الكلام =

إِلا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ . وَالأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لاَ يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ ، وَالأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لاَ تَصِحُّ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ ،

وفى الحديث إشارة إليه ؛ فإنهما متبايعان حقيقة حالة المباشرة لابعده ، و إن احتمله باعتبار ما كان ؛ فحمله على حالة مباشرته أولى عملا بالحقيقة ، والتفرق محمول على تفرق الأقوال (إلا من عيب) أو شرط (أو عدم رؤية) كما يأتى

(والأعواض المشار إليها) من مبيع أو ثمن (لا يحتاج إلى معرفة مقدارها فى جواز البيع) لنفى الجهالة بالإشارة ما لم يكن ربويا قوبل بجنسه (والأثمان المطلقة) : أى غير المشار إليها ، بدليل المقابلة (لا يصح) البيع بها (إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) ؛ لأن التسليم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة مُفضية

= عليها . وقد اختلفوا فى نوع من الخيار سماه بعضهم خيار المجلس ، وأنكره بعضهم ، وحاصله أنه إذا قال البائع : بعتك ، وقال المشترى : قبلت ، وتم الإيجاب والقبول ، لكن بقى البائع والمشترى فى المجلس الذى حدث فيه العقد ، فهل لكل واحد منهما أن يرجع فيما أبرماه ؟ وكلهم متفقون على أنهما إذا قاما من مجلس العقد لم يثبت لأحدهما هذا الخيار ؛ قال أبو حنيفة : متى تمت الصيغة بالإيجاب والقبول فليس لواحد منهما أن ينقض البيع إلا بالعيب أو بالشرط أو برؤية مالم يكن رآه ، على التفصيل الذى ستقف عليه . وقال الشافعى : إنه يثبت لكل واحد من المتعاقدين بعد الإيجاب والقبول خيار آخر غير هذه الثلاثة اسمه خيار المجلس ، وشرطه أن يكونا باقيين فى مجلس العقد ، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن المراد عنده بالتفرق التفرق بالأبدان ، وذلك يكون بترك المجلس ، وقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم لكل واحد منهما الخيار إلى أن يثبت هذا التفرق فينقطع الخيار . والجواب على هذا الكلام أنا لا نسلم أن المراد التفرق بالأبدان كما ذكرتم ، بل المراد التفرق فى الأقوال ، وذلك أن يوجب أحدهما البيع ويرفضه الآخر ، فيكون الحديث مثبتا لخيار القبول الذى بيناه أولا ، لا لخيار المجلس ، والذى يقوى هذا أمران : أحدهما أنه عليه الصلاة والسلام سماهما « متبايعان » أى موصوفين بالتبايع ، وهما إنما يسميان بذلك فى حال البيع ، نعنى الوقت الذى يجريان فيه الصيغة ، فأما بعد ذلك فلا يسميان بهذا الاسم إلا مجازاً ؛ لأن اسم الفاعل وغيره من الصفات إنما يصدق على وجه الحقيقة على من يكون متلبسا بالحدث ، ولا يعدل عن الحقيقة إلى المجاز إلا لضرورة ولاضرورة ههنا ، والأمر الثانى : أن فى إثبات هذا الخيار ـ بعد أن تم العقد بالإيجاب والقبول ووجد ركنه وجميع شرائطه ـ إضرارا بالآخر وإبطالا لحقه الذى ثبت له ، والضرر منفى فى هذه الشريعة السمحة ؛ فهذا توضيح ما أشار الشارح إليه .

وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ إِذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُوماً ، وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، فَإِنْ كَانَتِ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، إِلاَّ أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا ،

إلى المنازعة ، فيمتنع التسليم والتسلُّم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز ، وهذا هو الأصل ، هداية . وهذا حيث اختلف نَقدُ البلد ماليةً واستوى رَوَاجًا ، بدليل ما بعده .

(ويجوز البيع بثمن حال) وهو الأصل (ومؤجل ، إذا كان الأجل معلوما) لئلا يفضى إلى المنازعة ، وهذا إذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدرٌ ؛ لما فيه من ربا النساء كما سيجىء ، وابتداء الأجل من وقت التسليم ، ولو فيه خيار فمنذ سقوطه عنده ، خانية ، و يبطل الأجل بموت المديون ، لا الدائن .

(ومن أطلق الثمن فى البيع) عن التقييد بالوصف : بأن ذكر القدر دون الصفة (كان) الثمن المقدَّر محمولا (على غالب نقد البلد) ؛ لأنه المتعارف وفيه التحرى للجواز فيصرف إليه ، هداية (فإن كانت النقود مختلفة) فى النقد والمالية (فالبيع فاسد) للجهالة (إلا أن يبين أحدها) فى المجلس ، لارتفاع الجهالة قبل تقرر الفساد ، وهذا إذا استوت رواجا ، أما إذا اختلفت فى الرواج ولو مع الاختلاف فى المالية وذلك كالذهب الغازى والعَدْلى فى زماننا فيصح و ينصرف إلى الأَرْوَجِ ، وكذا يصح لو استوت مالية ورَوَاجا ، ويخير المشترى بين أن يؤدى أيها شاء ، قال فى البحر : فلو طلب البائع أحدها للمشترى دفع غيره ، لأن امتناع البائع من قبول مادفعه ولافَضْلَ تعنُّت ، اه . قال شيخنا : يعلم من قولهم « يصح لو استوت مالية ورَوَاجا» حكم ماتعورف فى زماننا من الشراء بالقروش ، فإنها فى حكم المستوية فى المالية فإن القرش فى الأصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة فى مصر نصفا ، ثم إن أنواع العملة المضروبة تقوم بالقرش ، فمنها ما يساوى عشرة ومنها أقل ، ومنها أكثر ، و إذا اشترى بمائة قرش فالعادة أنه يدفع ما أراد من القروش أو مما يساويها من بقية أنواع العملة ، ولا يفهم أحد أن الشراء وقع بنفس القطعة المسماة قرشا ، وقدّمنا أن المشترى يخير فيما تساوى مالية ورواجا

وَيَجُوزُ بَيْعُ الطعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً وَبِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لاَ يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ . وَبِوَزْنِ حَجَرٍ بِعَيْنِهِ لاَ يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ، وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا ، وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي جَمِيعِهَا ،

فى دفع أيها شاء . ثم قال: بقى ما إذا اشترى بالقروش المذكورة ثم رخص بعض أنواعها أو كلها واختلفت فى الرخص كما وقع ذلك فى زماننا مراراً وكثر السؤال عنه ،والذى تحرَّر أنه يؤمر المشترى بدفع المتوسط رخصا، حتى لا يلزم الضرر بهما، وهذا إذا رخص الجميع ، أما لو بقى منها نوع على حاله فينبغى أن يلزم المشترى بالدفع منه، لأن اختياره دَفعَ غيره يكون تعنتاوقصداً لإضرار البائع مع إمكان غيره، وتمام ذلك فى رسالته.

(ويجوز بيع الطعام) وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى ، فتح (و) جميع (الحبوب) كالشعير والذرة ونحوهما (مكايلة) بمكيال معروف (ومجازفة) وهى كما فى المغرب : البيع والشراء بلا كيل ولا وزن (وبإناء بعينه لا يعرف مقداره ، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) والظاهر أنه من المجازفة ، وعطفه عليها لأنه صورة كيل ووزن وليس به حقيقة ، وهذا إذا كان بخلاف جنسه ولم يكن رأسَ مال سلم لشرطية معرفته كما سيجىء (ومن باع صُبْرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة) لتعذر الصرف إلى كلها لجهالة المبيع والثمن ، فيصرف إلى الأقل وهو معلوم (إلا أن) تزول الجهالة بأن (يسمى جملة قفزانها) أو بالكيل فى المجلس ، ثم إذا جاز فى قفيز للمشترى الخيار ، لتفرق الصفقة عليه ، وقالا : يجوز فى الوجهين ، وبه يفتى ، شرنبلالية عن البرهان ، وفى النهر عن عيون المذهب : وبه يفتى تيسيراً ، وفى البحر : وظاهر الهداية ترجيح قولهما ؛ لتأخير دليلهما كما هو عادته ، اه . قال شيخنا : لكن رجَّح فى الفتح قوله وقوّى دليله على دليلهما ، ونقل ترجيحه العلامة قاسم عن الكافى والمحبوبى والنسفى وصدر الشريعة . ولعله من حيث قوة الدليل ؛ فلا ينافى ترجيح قولهما من حيث التيسير ، ثم رأيته فى شرح الملتقى أفاد ذلك ، اه . والفتوى على قوله .

(ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع فاسد فى جميعها) وإن علم عددها

وَكَذٰلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْباً مُذَارَعَةً كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ ، وَمَن ابْتَاعَ صُبْرَةً عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ كَانَ الْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ ، وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْباً عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الذِى سَمَّاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِى ، وَلاَ خِيَارَ لِلْبَائِعِ ، وَإِنْ قَالَ « بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ

بعد العقد، ولو فى المجلس على الأصح ، سراج عن الحلوانى ؛ للجهالة وقت العقد ، وكذا فى الواحدة لأن بيع شاة من قطيع لا يصح للتفاوت بين الشِّياه ، بخلاف بيع قفيز من صبرة فإنه يصح ؛ لعدم التفاوت (وكذلك من باع ثوبا) يضره التبعيض (مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان) وكذلك كل معدود متفاوت كإبل وعبيد ونحوهما (ومن ابتاع) : أى اشترى (صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم) مثلا (فوجدها أقل) مما سمى له (كان المشترى بالخيار: إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه، وكذا كل مكيل وموزون ليس فى تبعيضه ضرر (وإن وجدها أكثر من ذلك فالزيادة للبائع) ؛ لأن البيع وقع على مقدار معين (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم) مثلا (أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل) مما سمى له (فالمشترى بالخيار : إن شاء أخذها بجملة الثمن) المسمى (وإن شاء تركها) ؛ لأن الذَّرْع وَصْف فى الثوب ، بخلاف الأول؛ فإنه مقدار يقابله الثمن، والوصف لا يقابله شىء من الثمن، إلا أنه يخير لفوات الوصف المذكور (وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه) البائع (فهو) : أى الزائد (للمشترى، ولا خيار للبائع) لما ذكرنا أنه صفة ، فكان بمنزلة ما إذا باعه مَعِيبًا فإذا هو سليم ، وهذا حيث لم يكن الذَّرْعُ مقصودا كما أفاده بقوله : (وإن قال بعتكها) : أى الأرض المتقدم ذكرها (على أنها مائة ذراع بمائة درهم) مثلا

كلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ » فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْجَمِيعَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ ، وَمَنْ بَاعَ دَاراً دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ ، وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ ، وَلاَ يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ إِلاَّ بِالتَّسْمِيَةِ ، وَمَنْ بَاعَ نَخْلاً أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ

(كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فهو بالخيار :إن شاء أخذها بحصتها من الثمن) ؛ لأن الوصف و إن كان تابعاً لـكنه صار أصلا بانفراده بذكر الثمن؛ فينزل كل ذراع منزلة ثوب، وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً كل ذراع بدرهم ، هداية ، (و إن شاء تركها) لتفرق الصفقة (و إن وجدها زائدة كان المشترى بالخيار : إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، و إن شاء فسخ البيع) لدفع ضرر التزام الزائد .

(ومن باع داراً دخل بناؤها فى البيع و إن لم يسمه) : أى البناء فى عقد البيع ؛ لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف ، وهـو متصل به اتصال قرَار؛ فيدخل تبعاً له ، والأصل فى جنس هذا : أن كل ما كان اسم المبيع متناولا له عرفاً أو كان متصلا به اتصال قرار ــ وهو ما وضع لا لينفصل ــ دخل من غـير ذكر (ومن باع أرضًا) ذات نخل وشجر (دخـل ما فيها) من النخل و الشجر فى البيع أيضاً (و إن لم يسمه) لأنه متصل به اتصال قرار فأشبه البناء ، قال قاضيخان : هذا فى المثمرة ، واختلفوا فى غير المثمرة ، والصحيح أنها تدخل، صغيراً كان أو كبيراً ، تصحيح (ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتَّسمية) ؛ لأنه متصل بها للفصل ، وله غاية ينتهى إليها ، بخلاف الأول (ومن باع نخلا أوشجرا فيه ثمرة) ســواء كانت له قيمة أولا فى الصحيح ، هداية . (فثمرته للبائع) لأن الاتصال و إن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فأشبه الزرع (إلا أن يشترطها) أى الثمرة (المبتاعُ) : أى المشترى ، لأنه حينئذ يكون من المبيع ، وعبر هنـا بالشرط وثمة بالتَّسمِيَة إشارة لعدم الفرق بينهما ، وأن هـذا الشرط غير مفسد

وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ : اقْطَعْهَا وَسَلِّمِ الْمَبِيعَ ، وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهَا أَوْ قَدْ بَدَا جَازَ الْبَيْعُ وَوَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِى قَطْعُهَا فِى الْحَالِ ، فَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى النَّخْلِ فَسَدَ الْبَيْعُ ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِىَ مِنْهَا أَرْطَالاً مَعْلُومَةً

(ويقال للبائع : اقطعها) : أى الثمرة ، وإن لم يظهر صلاحها (وسلم المبيع) وكذا إذا كان فى الأرض زرع ، لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع ؛ فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيه مَتَاع (ومن باع ثمرة) بارزة (لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم : إما لكونه منتفعاً به فى الحال ، أوفى الثانى ، وقد قيل : لا يجوز قبل أن يبدو صلاحُها ، والأول أصح ، هداية ، وقيدنا الثمرة بكونها بارزة لأن بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقاً ، ولو برز بعضها دون بعض لا يصح فى ظاهر المذهب ، وصححه السرخسى ، وأفتى الحلوانى بالجواز لو الخارج أكثر ، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس للضرورة ، زيلعى ، وظاهر الفتح الميل إلى هذا ، وقَوّاه شيخنا (ووجب على المشترى قطعها فى الحال) بطلب البائع ؛ تفريغاً لملكه ، وهذا إذا اشتراها مطلقا ، أو بشرط القطع (فإن) كان (شرط تركها على النخل) حتى تتناهى (فسد البيع) ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شَغْل مال الغير ، ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طابَ له الفضل ، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته[1] ؛ لحصوله بجهة محظورة ، هداية (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) ؛ لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول ، بخلاف ما إذا استثنى نخلا معيناً ؛ لأن الباقى معلوم بالمشاهدة ، هداية ؛ ومشى عليه فى المختار وبرهان الشريعة وصدر الشريعة ، وقال فى الاختيار : وهو الصحيح ، وقيل : يجوز ، وخالفه النسفى تبعاً للهداية حيث قال ـ بعد ذكره فى الكتاب ـ قالوا : هذه رواية الحسن ، وهو قول الطحاوى ، أما على ظاهر الرواية فينبغى أن يجوز ؛ لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد ، وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناؤه ، اهـ

---

(١) وتعرف الزيادة بأن يقومها يوم البيع ويقومها يوم الإدراك ، فما بين القيمتين هو الزيادة التى يتصدق بها .

وَيَجُوزَ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهَا ، وَمَنْ بَاعَ دَاراً دَخَلَ فِي الْمَبِيعِ مَفَاتِيحُ أَغْلَاقِهَا ، وَأُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَأُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي : ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلاً ،

تصحيح . قال فى الفتح : وعدم الجواز أقيس بمذهب الإمام ، اه (ويجوز بيع الحنطة) بانفرادها ، حالة كونها (فى سنبلها والباقلاء فى قشرها) وكذا الأرز والسمسم ونحوها ، وعلى البائع إخراجه ، وللمشترى الخيار ، فتح ، وهذا إذا باع بخلاف جنسه ، وإلا لا ، لاحتمال الربا ، وإنما بطل بيع ما فى تمر وقطن وضرع وما على حنطة من نوى وحب ولبن وتبن لأنه معدوم عرفاً (ومن باع داراً دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) لأنه يدخل فيه الأغلاق ؛ لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل فى بيع الغَلَق ؛ لأنه بمنزلة بعضه ، إذ لا ينتفع به بدونه ، هداية .

(وأجرة الكيال) والوزان والعداد والذراع للبيع (وناقد الثمن على البائع) أما الكيل والوزن والعدد والذَّرْع فلا بد منه للتسليم ، وهو على البائع ، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى ، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه ، هداية ، وفى التصحيح قال فى المحيط : وأجرة الناقد ووزن الثمن على المشترى ، وهو الصحيح ، وقال قاضيخان : والصحيح أنه يكون على المشترى على كل حال ، واعتمده النسفى ، اه (وأجرة وزان الثمن على المشترى) لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن ، و بالوزن يتحقق التسليم ، هداية

(ومن باع سلعة) حاضرة غير مشغولة (بثمن) حال (قيل للمشترى : ادفع الثمن أولاً) ، لأن حق المشترى تعين فى المبيع ، فيتقدم دفع الثمن ، ليتعين حق البائع بالقبض ، لأن الثمن لا يتعين بالتعيين قبل القبض . قيدنا السلعة بالحاضرة وغير مشغولة لأنه إذا كانت

فإذَا دَفَعَ قِيلَ لِلبَائِعِ : سَلِّمِ المَبِيعَ ، وَمَنْ باعَ سِلْعَةً بِسِلعَةٍ أوْ ثَمَناً بِثَمَنٍ قِيلَ لَهُمَا : سَلِّمَا مَعًا .

باب خيار الشرط

خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي البَيْعِ لِلبَائِعِ والمُشْتَرِى ، وَلَهُمَا الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّام فَمَا دُونَهَا ، وَلاَ يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ ،

غائبةَ أو مشغولة لايؤمر بدفع الثمن حتى يحضر السلعة أو يفرغها كما فى الفيض ، وقيد الثمن بالحال لأنه إذا كان مؤجلا لا يملك البائع منع السلعة لقبضه ، لأن ابتداء الأجل من قبض السلعة كما مرّ (فإذا دفع) المشترى الثمن (قيل للبائع : سلم المبيع) لأنه مَلَكَ الثمن بالقبض ، فلزمه تسليم المبيع ، و إن سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ليس له أن يسترده (ومن باع سلعة بسلعة أوثمناً بثمن قيل لهما : سلما معاً) ، لاستوائهما فى التعيين ، ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل ، لأن التخلية قبض حكما لو مع القدرة عليه بلا كلفة . وتمامه فى حاشية شيخنا .

باب خيار الشرط

قدمه على باقى الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ، وعقّبه بخيار الرؤية لأنه يمنع تمامه ، وأخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم ، وتمام الكلام عليه مبين فى الدرر .

(خيار الشرط جائز) فى صلب العقد أو بعده ولو بأيام ، بحر؛ أما قبله فلا يثبت، تتار خانية (فى البيع) أى المبيع كله أو بعضه (للبائع) وحده (والمشترى) وحده (ولهما) معاً ، ولغيرهما (الخيار) ومدته (ثلاثة أيام فما دونها) وفسد عند إطلاق أو تأبيد، وفى جامع الفتاوى: ولو قال بعت إن رضى فلان، جاز إن بين وقت الرضا ، اهـ، و به ظهر جواب حادثة الفتوى ، وهى : باع إن رضى شفيعها من غير بيان وقت (ولا يجوز) الخيار (أكثر من ذلك عند أبى حنيفة) ، لأنه ثبت على خلاف القياس

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ : يَجُوزُ إِذَا سَمَّى مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ ، فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ فِي يَدِهِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ ، وَخِيَارُ الْمُشْتَرِي لا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ ، إِلاَّ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لاَ يَمْلِكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَعِنْدَهُمَا يَمْلِكُهُ ، فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَخَلَهُ عَيْبٌ ،

بالنص ، فيبقى الباقى على الأصل (وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز إذا سمى مدة معلومة) ؛ لأنه شُرع للحاجة للتروّى ليندفع به الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر ، فصار كالتأجيل فى الثمن ، قال فى التحفة : والصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه المحبوبى وصدر الشريعة والنسفى وأبو الفضل الموصلى ، ورجحوا دليله ، وأجابوا عما يتمسك به لهما ، تصحيح .

(وخيار البائع) ولو مع خيار المشترى (يمنع خروج المبيع من ملكه) اتفاقاً (فإن قبضه المشترى فهلك فى يده) فى مدة الخيار (ضمنه بالقيمة) لو قيميا ، و بالمثل لو مثليا ؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك ؛ لأنه كان موقوفاً ، ولا نفاذ بدون المحل ، فبقى مقبوضاً فى يده على سَوْم الشراء ، وقيمة القيمة فى القيمى ، والمثل فى المثلى ، فتح . ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ، ولا شيء على المشترى اعتباراً بالمطلق ، هداية (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع) بالإجماع ، جوهرة (إلا أن المشترى لا يملكه ، عند أبى حنيفة ، وقالا : يملكه) ؛ لأنه لما خرج من ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك ، ولا عهد لنا به فى الشرع ، ولأبى حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ، ولا أصل له فى الشرع ، لأن المعاوضة تقتضى المساواة ، هداية . قال فى التحفة : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده برهان الشريعة وصدر الشريعة والنسفى والموصلى ؛ تصحيح (فإن هلك فى يده هلك بالثمن) المسمى ، لأنه عجز عن رده فلزمه ثمنه (وكذلك إن دخله عيب) لازم ، سواء كان بفعل المشترى أو أجنبى أو آفة سماوية أو فعل المبيع ،

وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الْخِيَارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلَهُ أَنْ يُجِيزَهُ ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِهِ جَازَ ، وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الآخَرُ حَاضِراً ، وإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَي وَرَثَتِهِ .

وَمَنْ بَاعَ عَبْداً عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ فَكَانَ بِخِلَافِ ذَلِكَ

وأما العيب الغير اللازم كرض : فإن زال في المدة فهو على خياره ، و إلا لزمه العقد ، لتعذر الرد ، ابن كال ، ولا يخرج شيء من مبيع وثمن عن ملك مالكه إذا كان الخيار لهما اتفاقاً ، وأيهما فسخ فى المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز بطل خياره فقط (ومن شرط له الخيار) ، من بائع أو مشتر أو أجنبى (فله أن يفسخ فى مدة الخيار ، وله أن يجيزه) ، لأن هذا فائدة الخيار (فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز) إجماعاً ، لأنه إسقاط لحقه ، فلا يتوقف على حضور الآخر ، كالطلاق والعتاق، إلا إذا كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة ، لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة (و إن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً) والشرط العلم ، وكنى بالحضرة عنه لأنها سببه ، حتى لو كان حاضراً ولم يَعْلم لم يجز ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز و إن لم يكن الآخر حاضراً ، قال في التصحيح: ومشى على قولهما النسفى و برهان الشريعة وصدر الشريعة ، اهـ . ولو شرط المشترى أو البائع الخيار لأجنبي صح وثبت للأصيل مع النائب ، فإن أجاز أحدهما أو فسخ صح ، و إن أجاز أحدهما وعكس الآخر اعتبر الأسبق ، لثبوت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه ، ولو صدرا معاً أو لم يعلم السابق فالفسخ أحق ، زيلعى .

(و إذا مات من له الخيار بطل خياره) وتم البيع من جهته (ولم ينتقل إلى ورثته) لأنه ليس إلا مشيئة و إرادة ، فلا يتصور انتقاله ، والإرث فيما يقبل الانتقال ، بخلاف خيار العيب ، لأن المورِّثَ استحق المبيع سليما ، فكذا الوارث فأما نفس الخيار فلا يورث ، هداية .

(ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلاف ذلك) بأن لم يوجد

فَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ .

باب خيار الرؤية

وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ

منه أدنى مايطلق عليه اسم الـكاتب والخباز ، فتح (فالمشترى بالخيار : إن شاء أخذه بجميع الثمن) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ لـكونها تابعة فى العقد (وإن شاء ترك) ؛ لفوات الوصف المرغوب فيه المستحق فى العقد بالشرط ، وفوته يوجب التخيير ، لأنه مارضى به بدونه ، وهذا بخلاف شرائه شاةً على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا ، أو يخبز كذا صاعا ، أو يكتب كذا قدراً ، فإنه يفسد البيع ، لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، فتح . أى : والسابق وصف مرغوب فيه كوصف السلامة ، ولذا لو شرط أنها حلوب أو لبون جاز .

باب خيار الرؤية

قدّمنا وجه تقديمه على خيار العيب ، وهو من إضافة المسبب إلى المسبب .

(ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز) لـكن بشرط الإشارة إليه ، أو إلى مكانه ، فلو لم يُشِرْ لذلك لم يجز بالإجماع ، كما فى المبسوط ، ومافى حاشية أخى زاده — من أن الأصح الجواز — مبنى على مافهم من إطلاق الـكتاب ، قال فى الفتح : والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة السرخسى وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، حتى لو لم يُشِرْ إليه ولا إلى مكانه لايجوز بالإجماع . اهـ (وله الخيار إذا رآه) وكذا قبل الرؤية فى الأصح ، بحر ، لعدم لزوم البيع (إن شاء أخذه ، وإن شاء رده) وإن قال « رضيت » قبلها ؛ لأن الرضى بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق ، وهو غير مؤقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، ويشترط لفسخه علم البائع

وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلاَ خِيارَ لَهُ ، وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَى وَجْهِ الْجَارِيَةِ أَوْ إِلَى وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلِهَا ، فَلاَ خِيَارَ لَهُ

(ومن باع مالم يره فلا خيار له) لأنه معلق بالشراء بالنص[1] فلا يثبت لغيره (وإن نظر) قبل الشراء (إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا) وكان مما يستدل بظاهره على باطنه ، بخلاف ما إذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كوضع العَلَم (أو إلى وجه الجارية) لأنه المقصود فى الآدمى (أو إلى وجه الدابة وكفلها) لأنهما المقصود فى الدواب (فلا خيار له) والأصل فى هذا : أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ؛ فيكتفى برؤية ما يدل على العلم المقصود ، ولو دخل فى المبيع أشياء : فإن كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون ، وعلامته : أن يعرض بالنموذج — يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى ، فحينئذ يكون له الخيار : أى خيار العيب ، لا خيار الرؤية ، وإن كان تتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلابد من رؤية كل واحد ، هداية ، قال شيخنا : وبقى شىء لم أر من نبه عليه ، وهو : مالو كان المبيع أثوابا متعددة ، وهى من نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ، ويظهر لى أنه يكفى رؤية ثوب منها ، إلا إذا ظهر الباقى أردأ ، وذلك لأنها تباع بالنموذج فى عادة التجار ؛ فإذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب ، اهـ ، وهذا إذا كان فى وعاء واحد ، وأما إذا كان

---

(١) صورة بيع ما ملكه ولم يره أن يرث شيئاً من عقار أو منقول ولم يره منذ ورثه إلى أن باعه . والنص الوارد فى خيار الرؤية الذى أشار الشارح إليه هو قوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى شيئا ولم يره فله الخيار إذا رآه » وروى أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار ، لأنى اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار ، لأنى بعت مالم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر ذلك أحد منهم ، فعلمنا أن ذلك هو المفهوم من قوله صلى الله عليه وسلم . ثم إن هذا الحكم — أعنى ثبوت خيار الرؤية للمشترى دون البائع — ليس على إطلاقه ، كما قد يفهم من عبارة الكتاب ، بل هو مخصوص بما إذا باع عينا كثوب بثمن ، أما إذا باع عينا بعين كثوب بثوب ، ولم ير كل واحد منهما ما يحصل له من العوض ، فإن الخيار يثبت لكل واحد منهما ، لأن كل واحد منهما مشتر للعوض الذى يصير له .

وَإِنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فلاَ خِيَارَ لَهُ وَإِنْ لمْ يُشَاهِدْ بُيُوتَهَا ، وَبَيْعُ الأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا اشْتَرَى ، وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ بِأَنْ يَجُسَّ الْمَبِيعَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بالْجسِّ ، أَوْ يَشُمَّهُ إِذا كانَ يُعْرَفُ بالشَّمِّ ، أَوْ يَذُوقَهُ إِذَ كانَ يُعْرَفُ بالذَّوْقِ ، وَلا يَسْقُطُ خِيَارُهُ فِي الْعَقارِ حتَّى يُوصَفَ لَهُ ،

فى وعاءين أو أكثر ورأى أحدها فمشايخ العراق على أنها كرؤية الكل ، ومشايخ بلخ على أنه لابد من رؤية الكل ، والصحيح أنه يبطل برؤية البعض ، كما فى الفيض والفتح والبحر وغيرها (وإن رأى صحن الدار) : أى ساحتها (فلا خيار له ، وإن لم يشاهد بيوتها) أى داخلها ، عند أبى حنيفة ؛ لأن رؤية ساحتها وظاهر بيوتها يوقع العلم بالداخل ؛ لعدم تفاوت البيوت بالمنفعة ، وعند زفر لابد من رؤية داخل البيوت ، قال أبو نصر الأقطع : وهو الصحيح ، وفى الجوهرة : وعليه الفتوى ، وفى الهداية : والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم فى الأبنية ، فإن دورهم لم تكن متفاوته يومئذ ، فأما اليوم فلابد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت ، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل ، اه . ومثله فى الفتح وغيره ، ونظر وكيله بالقبض والشراء كنظره ، بخلاف رسوله .

(وبيع الأعمى وشراؤه) ولو لغيره (جائز) لأنه مكلف محتاج (وله الخيار إذا اشترى) ؛ لأنه اشترى مالم يره (ويسقط خياره) بما يفيد العلم بالمقصود ، وذلك (بأن يجس المبيع إذا كان يعرف بالجس ، أو يشمه إذا كان يعرف بالشم ، أو يذوقه إذا كان يعرف بالذوق) لأن هذه الأشياء تفيد العلم بالمقصود ؛ فكانت فى حقه بمنزلة الرؤية (ولا يسقط خياره فى العقار) ونحوه مما لا يدرك بالحواس المذكورة (حتى يوصف له) لأن الوصف يُقَام مُقَام الرؤية كما فى السَّلَم ، قال فى التحفة : هذا هو الأصح من الروايات ؛ وقال أبو نصر الأقطع : هذا هو الصحيح من المذهب ، تصحيح ، وعن أبى يوسف : إذا وقف فى مكان لو كان بصيراً لرآه فقال « قد رضيت »

وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ ، وَلَهُ الْإِجَازَةُ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِياً وَالْمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا ، وَمَنْ رَأَى أَحَدَ ثَوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا ،

يسقط خياره ، وقال الحسن : يوكِّلُ وكيلا يقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفه ؛ لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفاً ، هداية .

(ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار : إن شاء أجاز البيع،وإن شاء فسخ،و) لـكن إنما (له الإجازة إذا كان المعقودعليه باقياً) وكذا المالك(والمتعاقدان بحالهما) فإذا حصلت الإجازة مع قيام الأربعة جاز البيع،وتـكون الإجازةاللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، ويكون البائع كالوكيل ، والثمن للمجيز إن كان قائما ، وإن هلك في يد البائع هلك أمانة ، ولـكل من المشترى والفُضُولى أن يفسخ العقد قبل أن يجيز المالك ، وإن مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع ؛ ولا يجوز بإجازة ورثته ، جوهرة .

* * *

(ومن رأى أحد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) معاً ، لأن رؤية أحدهما لا تـكون رؤية الآخر ؛ للتفاوت في الثياب ؛ فيبقى الخيار له فيما لم يره ؛ فله رده بحكم الخيار ؛ ولا يتمكن من رده وحده ، فيردهما إن شاء ، كيلا يكون تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط ، بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ، فتح .

وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ ، وَمَنْ رَأَى شَيْئاً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ : فَإِنْ كَانَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَإِنْ وجَدَهُ مُتَغَيِّراً فَلَهُ الْخِيَارُ .

باب خيار العيب

إِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى عَيْبٍ فِى الْمَبِيعِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) ولم ينتقل إلى ورثته كخيار الشرط كما مر .

(ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة) وهو يعلم أنه مرئيه (فإن كان) باقياً (على الصفة التى رآه فلا خيار له) ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، و بفواته يثبت له الخيار ، وكذا إذا لم يعلم أنه مرئيه لعدم الرضا به (و إن وجده متغيرا فله الخيار) لأنه بالتغير صار كأنه لم يره ، و إن اختلفا فى التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث ، وسبب اللزوم ظاهر ، بخلاف ما إذا اختلفا فى الرؤية ، لأنها أمر حادث ، والمشترى ينكره ، فالقول له ، هداية .

باب خيار العيب

من إضافة الشىء إلى سببه .

والعيب لغة : ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يُعَدُّ به ناقصا، فتح . وشرعاً: ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار، كما يذكره المصنف (إذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع) كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض ، لأن ذلك رضاً به ، هداية (فهو بالخيار : إن شاء أخذه بجميع الثمن، و إن شاء رده) ، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة، فعند فواته يتخير، كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (وليس له

أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ ، وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ ، وَالإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ عَيْبٌ فِي الصَّغِيرِ مَا لَمْ يَبْلُغْ فَإِذَا بَلَغَ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ ، حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ

أن يمسكه ويأخذ النقصان) لما مر أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، والبائع لم يرض بزواله بأقل من المسمى فيتضرر، ودَفْعُ الضرر عن المشتري ممكن بالرد (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب)؛ لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة، والمرجِعُ في معرفته أهلُه، سواء كان فاحشاً أو يسيرا، بعد أن يكون مما يعدُّه أهل تلك الصناعة عيباً فيه، جوهرة (والإباق) إلى غير سيده الأول (والبول في الفراش والسرقة) من المولى وغيره (عيب في الصغير) المميز الذي يُنكَر عليه مثل ذلك (ما لم يبلغ) عند المشتري؛ فإن وُجِدَ شيء منها بعد ما بلغ عنده لم يرده، لأنه عيب حدث عنده، لأن هذه الأشياء تختلف صغراً وكبرا (فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) قال في الهداية: ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده، لأنه عين ذلك، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده، لأنه غيرُه، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في الباطن، والإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة لقلة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن اهـ، قال في الفتح: فإذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله، وإذا كان غيره فلا يرد به، لأنه عيب حادث عنده، بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ، فإن له أن يرده بها، وإذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر، وهو قوله «فإذا بلغ فليس ذلك» الذي كان قبله عند البائع «بعيب» إذا وجد بعده عند المشتري «حتى يعاوده بعد البلوغ» عند المشتري بعد ما وجد عند البائع، واكتفى بلفظ

وَالْبَخَرُ وَالدَّفَرُ عَيْبٌ فِى الْجَارِيَةِ ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِى الْغُلاَمِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ ، وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِى الْجَارِيَةِ دُونَ الْغُلاَمِ ، وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِى عَيْبٌ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ ، وَلاَ يَرُدُّ الْمَبِيعَ إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ ، وَإِنْ قَطَعَ الْمُشْتَرِى الثَّوْبَ فَوَجَدَ بِهِ عَيْباً رَجَعَ بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ خَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَوْلَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ ، وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ ،

المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر ، اهـ . (والبخر) نتن الفم (والدفر) بالدال المهملة ـ نتن الإبط وكذا الأنف ، در عن البزازية (عيب فى الجارية) مطلقا،لأن المقصود منها قد يكون الاستفراش، وهما يخلان به (وليس بعيب فى الغلام) لأن المقصود هو الاستخدام ، ولا يخلان به (إلا أن يكون من داء) أو يفحش بحيث يمنع القرب من المولى (والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية) لأنه يخل بالمقصود وهو الاستفراشُ وطلبُ الولد (دون الغلام) لأنه لا يخل بالمقصود وهو الاستخدام ، إلا أن يكون له عادة لأنه يخل بالخدمة .

(و إذا حدث عند المشترى عيب) فى مَشْرِيِّه (ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب ، ولا يرد المبيع) لأن فى الرد إضرارا بالبائع ، لأنه خرج من ملكه سالما وصار معيبا،فامتنع،ولكن لا بد من دفع الضرر عنه ، فتعين الرجوع بالنقصان (إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) لأنه أسقط حقه (و إن قطع المشترى الثوب فوجد به عيبا رجع بالعيب)لامتناع الرد بالقطع،إلا أن يقبله البائع كذلك كما مر (و إن خاطه أو صبغه) بأى صبغ كان (أولتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بالزيادة (وليس للبائع أن يأخذه) ، لأنه لا وجه للفسخ بدونها ، لأنها لا تنفكُّ عنه،ولا معها لحصول الربا

وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ ، فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِى الْعَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَىْءٍ فِى قَوْلِ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَرْجِعُ

لأنها زيادة بلا مقابل ، ثم الأصل : أن كل موضع للبائع أخذهُ مَعيبا لا يرجع بإخراجه عن ملكه ، وإلا رجع ، اختيار (ومن اشترى عبدا فأعتقه) مجانا (أو مات) عنده (ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهى به، والامتناع منه حكمى لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل ، وفى الاستحسان يرجع، لأن العتق انتهاء الملك فكان كالموت، وهذا لأن الشىء يتقرر بانتهائه؛ فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر هداية. وقيدنا العتق بكونه مجانا لأنه لو أعتقه على مال لم يرجع بشىء (فإن قتل المشترى العبد) المشترَى (أو كان طعاما فأكله) أو ثوبا فلبسه حتى تخرق، ثم اطلع على عيب (لم يرجع عليه بشىء فى قول أبى حنيفة) لتعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع، فأشبه البيع والقتل (وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع) استحسانا، وعليه الفتوى، بحر. ومثله فى النهاية، وفى الجوهرة: والخلاف إنما هو فى الأكل لا غير، أما القتل فلا خلاف أنه لا يرجع إلا فى رواية عن أبى يوسف، اهـ، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده، وعندهما يرجع بنقصان العيب فى الكل، وعنهما أنه يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل، ونقل الروايتين عنهما المصنف فى التقريب، ومثله فى الهداية ، وذكر فى شرح الطحاوى أن الأولى قول أبى يوسف، والثانية قول محمد، كما فى الفتح. والفتوى على قول محمد كما فى البحر عن الاختيار والخلاصة، ومثله فى النهاية وغاية البيان والمجتبى والخانية وجامع الفصولين، وإن باع بعض الطعام ففى الذخيرة أن عندهما لا يرد ما بقى ولا يرجع بشىء ، وعن محمد يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع، كذا فى الأصل، اهـ.

وَمَنْ بَاعَ عَبْداً فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِى ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ ، فَإِنْ قَبِلَهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ ، وَإِنْ قَبِلَهُ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ ، وَمَنِ اشْتَرَى عَبْداً وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْعُيُوبَ وَلَمْ يَعُدَّهَا .

قال في التصحيح : وكان الفقيه أبو جعفر وأبو الليث يُفْتِيَانِ في هذه المسائل بقول محمد ؛ رفقاً بالناس ، واختاره الصدر الشهيد، اهـ، وفي جامع الفصولين عن الخانية : وعن محمد لا يرجع بنقصان ما باع ، ويرد الباقي بحصته من الثمن ، وعليه الفتوى ، اهـ. ومثله في الولوالجية والمجتبي والمواهب. والحاصل أن المفتى به أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقي ويرجع بنقص ما أكل ، لا ما باع . فإن قيل: إن المصرح به في المتون أنه لو وجد ببعض المكيل أو الموزون عيباً له رده كله أو أخذه ، ومفهومه أنه ليس له رد المعيب وحده . أجيب بأن ذلك حيث كان كله باقياً في ملكه ، بقرينة قولهم : « له رده كله » أو هو مبنى على قول غير محمد .

(ومن باع عبداً) أو غيره (فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب ؛ فإن قبله بقضاء القاضى) ببينة أو إباء أو إقرار ، هداية (فله) أى البائع الثانى (أن يرده على بائعه) الأول ؛ لأنه فسخ من الأصل ، فجعل البيع كأن لم يكن (وإن قبله بغير قضاء القاضى فليس له أن يرده) لأنه بيع جديد فى حق ثالث ، وإن كان فسخاً فى حقهما ، والأول ثالثهما ، هداية .

(ومن اشترى عبداً) مثلا (وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب) مطلقا ، موجودٍ وقت العقد أو حادثٍ قبل القبض (وإن لم يسم العيوب ولم يُعدّها) ؛ لأن البراءة عن الحقوق المجهولة صحيحة ؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة .

باب البيع الفاسد

إِذا كَانَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ أَو كِلاَهُمَا مُحَرَّماً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ، كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ أَو بِالدَّمِ أَو بِالْخَمْرِ أَو بِالْخِنْزِيرِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَالْحُرِّ ، وَبَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ فَاسِدٌ ،

باب البيع الفاسد

المراد بالفاسد الممنوع ، مجازاً عُرْفياً ؛ فيعم الباطلَ والمكروهَ ، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعاً ، در .

ثم هذا الباب يشتمل على ثلاثة أنواع : باطل ، وفاسد ، ومكروه ؛ فالباطل : مالا يكون مشروعاً بأصله ووَصْفه ، والفاسد : ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه ، والمكروه : مشروع بأصله ووصفه ، لكن جَاوَرَهُ شيء آخر منهيٌّ عنه. وقد يُطْلِق المصنف الفاسد على الباطل ؛ لأنه أعم ؛ إذ كل باطل فاسد، ولا عكس، ومنه قوله : (إذا كان أحد العوضين) : أى المبيع أو الثمن (أو كلاهما محرما) الانتفاعُ به (فالبيع فاسد) : أى باطل ، وذلك (كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمر أو بالخنزير) قال فى الهداية : هذه فصول جمعها ، أى فى حكم واحد — وهو الفساد — وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله ، فنقول : البيع بالميتة والدم باطل ؛ لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعدُّ مالا عند أحد ، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال ؛ فإنه مال عند البعض ، اه . (وكذلك إذا كان) أحد العوضين أو كلاهما (غير مملوك) لأحد (كالحر) فالبيع باطل (و بيع أم الولد والمدبر) المطلق (والمكاتب فاسد) : أى باطل ؛ لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابتٌ لكل منهم بجهة لازمة على المولى . فتح ، قال فى الهداية : ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه

وَلا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ فِي المَاءِ،وَلا بَيْعُ الطيْرِ فِى الهَوَاءِ،وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الحَمْلِ وَلا النِّتَاجِ ، وَلا بَيْعُ اللَّبَنِ فِى الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ ، وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ ، وَجِذْعٍ فِى سَقْفٍ ، وَضَرْبَةِ القَانِصِ ، وَبَيْعُ المُزَابَنَةِ-وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ

روايتان ،والأظهر الجواز ، اهـ . أى إذا بيع برضاه ؛ لتضمن رضاه فسخ الكتابة قبل العقد ، بخلاف إجازته بعد العقد ، جوهرة

(ولا يجوز) : أى لا يصح (بيع السمك فى الماء) قبل صيده ، لأنه بيع ما ليس عنده ، أو بعد صيده ثم ألقى فيه ولا يؤخذ منه إلا بحيلة ؛ للعجز عن التسليم ، و إن أخذ بدونها صحّ وله الخيار ؛ لتفاوتها فى الماء وخارجه (ولا بيع الطير فى الهواء) قبل صيده ؛ أو بعده ولا يرجع بعد إرساله ؛ لما تقدم ، و إن كان يطير و يرجع صح ، وقيل : لا (ولا يجوز بيع الحمل) : أى الجنين فى بطن المرأة (ولا النتاج) : أى نتاج الحمل ، وهو حبل الحبلة وجزم فى البحر ببطلانه ؛ لعدم تحقق وجوده (ولا بيع اللبن فى الضرع) وهو لذات الظلف والخف كالثدى للمرأة ؛ للغرر ؛ فعساه انتفاخ ، ولأنه ينازع فى كيفية الحلب ، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره (و) لا (الصوف على ظهر الغنم) ؛ لأن موضع القطع منه غير متعين ، فيقع التنازع فى موضع القطع ، ولو سلم البائع اللبن أو الصوف بعد العقد لا يجوز ولا ينقلب صحيحاً ، جوهرة (و) لا بيع (ذراع من ثوب) يضره التبعيض (وجذع) معين (فى سقف) لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ،فلو قطع الذراع من الثوب أو قلع الجذع من السقف وسُلِّم قبل فسخ المشترى عاد صحيحاً ، ولو لم يضره القطع كذراع من ثوب كرباس أو دراهم معينة من نُقْرة فضة جاز ؛ لانتفاء المانع ؛ لأنه لا ضرر فى تبعيضه ، وقيدنا الجذع بالمعين لأن غير المعين لا ينقلب صحيحاً و إن قلعه وسلمه للجهالة (و) لا (ضربة القانص) وهوما يخرج من الصيد بضرب الشبك ، لأنه مجهول (و) لا (بيع المزابنة ، وهو بيع الثمر) بالمثلثة — لأن ما على رءوس النخل لا يسمى تمراً بل رُطَباً ، ولا يسمى تمرا

عَلَى رُؤُوسِ النَّخْلِ بِخَرْصِهِ تَمْرًا ـ وَلا يَجُوز البَيْعُ بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالمُلَامَسَةِ وَلا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ ، وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ المُشْتَرِى ، أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ ، أَوْ بَاعَ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ،

إلا الجذوذ بعد الجفاف (على رؤوس النخل بخرصه): أى مقداره حَزْراً وتخميناً (تمراً) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة ، فالمزابنة ما ذكرناه ، والمحاقلة: بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خَرْصاً ، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه ، فلا يجوز بطريق الخرص ، كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا ، هداية . (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر) من المشترى على السلعة المسامة [1] (والملامسة) لها منه أيضاً ، والمنابذة لها من البائع : أى طرحها للمشترى ، وهذه بيوع كانت فى الجاهلية ، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة : أى يتساومان ، فإذا لمسها المشترى أو نبذها إليه البائع أو وضع عليه المشترى حصاة لزم البيعُ ، فالأول بيع الملامسة ، والثانى المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة ، ولأن فيه تعليقاً بالخطر ، هداية : أى لأنه بمنزلة ماإذا قال : أىُّ ثوب لمسته أو ألقيت عليه حجراً أو نبذتُه لك فقد بعته ، فأشبه القمار (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع، ولو قال «على أننى بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء » جاز البيع استحساناً، هداية .

(ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى ، أو يدبره، أو يكاتبه) أو لا يخرجه عن ملكه (أو باع أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، ثم جملة المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد ، لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده ، كشرط أن لا يبيع المشترى العبدَ المبيعَ ، لأن فيه زيادةً عاريةً عن العوض ، فيؤدى إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة

---

(١) من حق العربية أن يقول « المسومة » مثل المقولة ، والفعل سامها يسومها .

وَكَذٰلِكَ لَوْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ الْبَائِعُ شَهْراً ، أَوْ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا ، أَوْ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِى دِرْهَماً ، أَوْ عَلَى أَنْ يُهْدِىَ لَهُ هَدِيَّةً ، وَمَنْ بَاعَ عَيْناً عَلَى أَنْ لا يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ، وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً إِلاَّ حَمْلَهَا فَسَدَ الْبَيْعُ ؛ وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْباً عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ الْبَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصاً أَوْ قَبَاءً أَوْ نَعْلاً عَلَى أَنْ يَحْذُوَهَا أَوْ يُشَرِّكَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ .

فيَعْرَى العقد عن مقصوده، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده ، هو الظاهر من المذهب ، كشرط أن لا يبيع المشترى الدابةَ المبيعةَ ، لأنه انعدمت المطالبة ، فلا يؤدى إلى الربا ولا إلى المنازعة ، هداية (وكذلك) : أى البيع فاسد (لو باع عبدا على أن يستخدمه البائعُ شهراً) مثلا (أو دارا على أن يسكنها) كذلك (أو على أن يقرضه المشترى درهما ، أو على أن يهدى له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) ؛ لما فيه من شرط نفى التسليم المستَحَقّ بالعقد (ومن باع جارية إلا حملها فسد البيع) والأصل : أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد ، والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان ، لاتصاله به خلقةً ، وبيع الأصل يتناولها ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب ، فلم يصح ، فيصير شرطا فاسدا ، والبيع يبطل به ، هداية (ومن اشترى ثوبًا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قَبَاء) بفتح القاف ــ فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه يصير صفقة فى صفقة ؛ هداية (أو نعلا) أى صرما ، تسمية له باسم ما يؤل إليه (على أن يحذوها أو يشركها فالبيع فاسد) أى يضع عليها الشِّرَاكَ ــ وهو السير ــ قال فى الهداية : وما ذكره جواب القياس ، ووجهه ما بينا [1] ، وفى الاستحسان

---

(١) يريد ما ذكره فى النوع الذى قبله ، من أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين .

والْبَيْعُ إلى النَّيْروز وَالِمْهرَجانِ وَصَوْمِ النَّصارَى وَفِطْرِ الْيَهودِ ـ إذا لم يَعْرِفِ الْمُتبايِعانِ ذٰلِكَ ـ فَاسِدٌ ، ولا يَجُوزُ الْبَيْعُ إلى الْحَصادِ والدِّيَاسِ والْقِطافِ وَقُدُوم الْحَاجِّ ، فإنْ تَرَاضَيَا بإسْقَاطِ الأجَلِ قَبْلَ أنْ يَأخُذَ النَّاسُ فى الْحَصادِ والدِّيَاسِ و قَبْلَ قُدُومِ الْحَاجِّ جَازَ الْبَيْعُ .

و إذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِى الَمبِيعَ فى الْبَيْعِ الفَاسِدِ بِأمْرِ الْبَائِعِ وفى الْعَقْدِ عِوَضَانِ كلٌّ واحِدٍ مِنْهُمَا مالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ ولَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ ،

يجوز: للتعامل فيه ، فصار كصبغ الثوب ، وللتعامل جوزنا الاستصناع ، اه(والبيع إلى النيروز) وهو أول يوم من الربيع (والمهرجان) أول يوم من الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة الأجل ، وهى مُفْضِية إلى المنازعة ، لابتنائه على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه ، لكونه معلوما عندهما ، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم ، لأن مدة صومهم بالأيام معلومة ، فلا جهالة ، هداية (ولا يجوز البيع إلى الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج) ، لأنها تتقدم وتتأخر (فإن تراضيا) بعده ، ولو بعد الافتراق خلافا لما فى التنوير (بإسقاط الأجل قبل) حلوله ، وهو (أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج) وقبل فسخ العقد(جاز البيع) وانقلب صحيحا ، خلافا لزفر ، ولومضت المدة قبل إبطال الأجل تأكد الفساد ، ولا ينقلب جائزاً إجماعا ، كما فى الحقائق ، ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل ، كما لو كفل إلى هذه الأوقات ، كما فى التنوير ، وقوله «تراضيا» خرج وفاقا ، لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه ، لأنه خالص حقه ، هداية .

(و إذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد) خرج الباطل (بأمر البائع) صريحا أو دلالة ، بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته (وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع) بقيمته إن كان قيميا (ولزمته قيمته) يوم قبضه عندهما ، لدخوله

ولِكلٍّ واحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ ، فإنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِى نفَذَ بَيْعُهُ ، ومَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرّ وعَبْدٍ أوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ ومَيْتَةٍ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِما ، ومَنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ ومُدَبَّرٍ أو عَبْدِهِ وعَبْدِ غَيْرِهِ صَحَّ الْعَقْدُ فى الْعَبْدِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ .

ونَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ عَنِ النَّجَشِ ، وعَنِ السَّوْمِ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ ،

فى ضمانه يومئذ ، وقال محمد : يوم الاستهلاك كما فى مختلف الرواية لأبى الليث ، و بمثله إن مثليا ، وهذا حيث كان هالكا أو تعذّر ردُّه ، و إلا فالواجب رد عينه

(ولكل واحد من المتعاقدين فَسْخُه) قبل القبض ، و بعده ، ما دام بحاله ، جوهرة ، ولا يشترط فيه قضاء قاضٍ (فإن باعه المشترى نفذ بيعه) وامتنع الفسخ ، لتعلق حق الغير به .

(ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) قال فى الينابيع : هذا على وجهين : إن كان قد سمى لهما ثمناً واحداً فالبيع باطل بالإجماع ، وإن سمى لكل واحد منهما ثمناً على حِدَةٍ فكذلك عند أبى حنيفة ، وقالا : جاز البيع فى العبد والذكية و بطل فى الحر والميتة ، قال فى التصحيح : وعلى قوله اعتمد المحبوبى والنسفى والموصلى (وإن جمع بين عبد ومدبر) أو مكاتب ، أوأم ولد (أو)جمع بين (عبده وعبد غيره صح العقد فى العبد بحصته من الثمن) لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل فى العقد ثم يخرج ، فيكون البيع بالحصة فى البقاء دون الابتداء ، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر ، ابن كمال .

(ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو : أن يزيد فى الثمن ولا يريد به الشراء ليرغب غيره (وعن السوم على سوم غيره) وعن الخِطْبة على خِطْبة غيره ، لما فى ذلك من الإيحاش والإضرار ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ المساومة فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر -وهو بيع من يزيد- فلا بأس به على ما نذكره ، وما ذكرناه

وعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ ، وعَنْ بَيْعِ الحَاضِرِ لِلبَادِي ، وعَنِ البَيْعِ عِنْدَ أذَانِ الجُمُعَةِ ، وكلُّ ذلكَ يُكْرَهُ ولا يَفْسُدُ بهِ العَقْدُ .

ومَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أحَدُهُما ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الآخَرِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهما ، وكَذلِكَ إنْ كانَ أحَدُهُما .

هو محل النهى فى النكاح ، هداية (وعن تلقى الجلب) : أى المجلوب ، أو الجالب ، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين لما فيه من الغرر والضرر (وبيع الحاضر) وهو المقيم فى المصر والقرى (للبادى) وهو المقيم فى البادية ، لأن فيه إضراراً بأهل البلد ، وفى الهداية تبعاً لشرح الطحاوى : وصورته أن يكون أهل البلد فى قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعاً فى الثمن الغالى ، اه . وعلى هذا اللام بمعنى «من» أى : من البادى ، وقال الحلوانى : صورته أن يجىء البادى بالطعام إلى المصر ، فلا يتركه السمسار الحاضر يبيعه بنفسه ، بل يتوكل عنه ويبيعه ويُغْلِى على الناس ، ولو تركه لرخص على الناس ، وعلى هذا قال فى المجتبى : هذا التفسير أصح ، كذا فى الفيض (وعن البيع عند أذان الجمعة) الأول ، وقد خص منه مَنْ لا جمعة عليه ، فتح[1] (وكل ذلك) المذكور من قوله « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم » إلى هنا (يكره) تحريما ، لصريح النهى (ولا يفسد به العقد) فيجب الثمن ، لا القيمة ، ويثبت الملك قبل القبض ، لأن النهى ورد لمعنى خارج عن صلب العقد مجاور له ، لا لمعنى فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة ، فأوجب الكراهة ، لا الفساد ، والمراد من صلب العقد البدل والمبدل ، كذا فى غاية البيان .

(ومن ملك) بأى سبب كان (مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر) من الرحم ، وبه خرج المحرم من الرضاع إذا كان رحماً كابن العم هو أخ رضاعا (لم يفرق بينهما) ببيع ونحوه ، وعبر بالنفى مبالغة فى المنع عنه (وكذلك إن كان أحدهما

---

(١) فى نسخة (منح)

كَبِيراً والآخَرُ صَغِيرًا ، فإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا كُرِهَ لَهُ ذٰلِكَ وجَازَ الْبَيعُ ، وإِنْ كانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا .

باب الإقالة

الْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي الْبَيْعِ

كبيراً والآخر صغيرا) لأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير ، والكبير يتعاهده ، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعد عليه ، ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ؛ حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ؛ لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مَوْرِده ، ولا بد من اجتماعهما في ملكه ، حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق فلا بأس به : كدفع أحدهما بالجناية ، وبيعه بالدين ، ورده بالعيب ، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره ، لا الإضرار به ، كذا في الهداية (فإن فرق بينهما كره له ذلك) لما قلناه (وجاز البيع) ؛ لأن ركن البيع صدر من أهله في محلِّه ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور ، فشابه كراهة الاستيام ؛ هداية (وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) ؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام «فَرَّقَ بين مارية وسيرين» ؛ وكانتا أمتين أختين[1] ، هداية .

باب الإقالة

(الإقالة) : مصدر أقاله ، وربما قالوا : قاله البيع — بغير ألف — وهى لغة قليلة ، مختار ، وهى لغةً : الرفع ، وشرعا : رفع العقد ، جوهرة .

وهى (جائزة في البيع) بلفظين ماضيين أو أحدهما مستقبل ، كالو قال : أقلني ؛ فقال أقلتك ؛ لأن المساومة لا تجرى في الإقالة ؛ فكانت كالنكاح ، ولا يتعين مادة قاف

(١) أهديتا إليه ، فأعطى سيرين لحسان بن ثابت ، واستبقى مارية وهى أم إبراهيم .

بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ ، فإنْ شَرَطَ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكثرَ فالشرطُ بَاطِلٌ ، وَيَرُدُّ مِثْلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ ، وهِيَ فَسْخٌ فى حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فى حَقِّ غَيْرِهِما فى قَوْلِ أبى حَنِيفَةَ ، وهَلاَكُ الثَّمَنِ لاَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الإقَالَةِ ، وهَلاَكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنها ، فإنْ هَلَكَ بَعْضُ المَبِيعِ جَازَتِ الإِقَالَةُ فى بَاقِيهِ .

لام ، بل لو قال : تركت البيع ، وقال الآخر : رضيت،أو أجزت-تمت . ويجوز قبول الإقالة دلالةً بالفعل ، كما إذا قطعه قميصا فى فَوْرِ قول المشترى : أقلتك ، وتنعقد بفاسختك وتاركتك ، فتح (بمثل الثمن الأول) جنساً وقدراً (فإن شرط أحدهما (أقل منه) : أى الثمن الأل ، إلا إذا حدث فى المبيع عيب عند المشترى فإنها تصح بالأقل (أو أكثر) أو شيئاً آخر أو أجلا (فالشرط باطل) والإقالة باقية (ويرد مثل الثمن الأول) تحقيقا لمعنى الإقالة .

(وهى) : أى الإقالة (فسخ فى حق المتعاقدين) حيث أمكن جعله فسخاً، وإلا فيبطل (بيع جديد فى حق غيرهما) لو بعد القبض بلفظ الإقالة ، وهذا (فى قول أبى حنيفة) وعند أبى يوسف بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاًفيجعل فسخاً إلا أن لايمكن فيبطل،وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاًفيجعل بيعاً إلاأن لا يمكن فيبطل ، هداية . وفى التصحيح : قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفه ، قلت : واختاره البرهانى والنسفى وأبو الفضل الموصلى وصدر الشريعة ، اهـ . وقلنا « لو بعد القبض بلفظ الإقالة » ؛ لأنها إذا كانت قبل القبض كانت فسخاً فى حق الكل فى غير العقار ، فلو بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو التراد ، لم تكن بيعا اتفاقا ، ولو بلفظ البيع فبيع اتفاقا .

(وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة) كما لا يمنع صحة البيع (وهلاك المبيع يمنع منها) ؛ لأنه محل البيع والفسخ (فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى باقيه) ؛ لقيام المبيع فيه ، ولو تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما، ولاتبطل بهلاك أحدهما ؛ لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان البيع باقياً ، هداية .

بابُ المرابحة والتَّوْلِيَةِ

المُرَابَحَةُ : نَقْلُ مَامَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ ، وَالتَّوْلِيَةُ : نَقْــلُ مَامَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ ، وَلاَ تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَلاَ التَّوْلِيَةُ حَتَّى يَكُونَ الْعِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ ، وَيَجُوزُ أَنْ يُضِيفَ إِلَى رَأْسِ المَالِ أُجْرَةَ الْقَصَّارِ والصَّبَّاغِ والطَّرَّازِ والْفَتْلِ ، وأُجْرَةَ حَمْلِ الطَّعَامِ ، وَلٰكِنْ يَقُولُ : قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا ، ولاَ يَقُولُ :

باب المرابحة والتولية

شروع فى بيان الثمن بعد بيان المثمن .

(المرابحة) : مصدر رابَحَ ، وشرعا (نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول) ولو حكما كالقيمة ، وعبر به لأنه الغالب (مع زيادة ربح ، والتولية) : مصدر وَلَّي غيره : جعله وليا ، وشرعا:(نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول) ولوحكما كما مر (من غير زيادة ربح) ولا نقصان .

(ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل) ؛ لأنه إذا لم يكن له مثل فلو مَلَكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة، ولو كان المشترى باع مرابحة ممن يملك ذلك البدَلَ وقد باعه بربح دراهم أو بشىء من المكيل موصوفٍ جاز؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم ، هداية .

(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرازِ) بالكسر - عَلَمَ الثوب (والفتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال فى عادة التجار، ولأن كل مايزيد فى المبيع أو فى قيمته يُلْحَق به . هذا هو الأصل وما عددنا بهذه الصفة، لأن الصبغ وأخواته يزيد فى العين، والحمل يزيد فى القيمة، إذ تختلف القيمة باختلاف المكان، هداية (ولكن يقول: قام على بكذا، ولا يقول :

اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا ، فَإِنِ اطَّلَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابَحَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ ، وَإِنِ اطَّلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا الْمُشْتَرِى مِنَ الثَّمَنِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَحُطُّ فِيهِمَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لا يَحُطُّ فِيهِمَا ، وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ ،

اشتريته بكذا) كيلا يكون كذبا ، وسوق الغنم بمنزلة الحمل ، بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ ؛ لأنه لا يزيد فى العين ولا القيمة ، فتح .

(فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) بإقرار البائع أو بُرْهَانٍ أو نكولٍ (فهو) : أى المشترى (بالخيار عند أبى حنيفة : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ) لفَوْتِ الرضا (وإن اطلع على خيانة فى التولية أسقطها المشترى من الثمن) عند أبى حنيفة أيضاً ؛ لأنه لولم يحطّ فى التولية لايبقى تولية ؛ لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فيتعين الحط ، وفى المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف ، فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يردّه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة ، هداية (وقال أبو يوسف : يحط فيهما) لأن الأصل كونه تولية ومرابحة ، ولهذا تنعقد بقوله : ولَّيتك بالثمن الأول ، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول، إذا كان معلوما ، فلا بد من البناء على الأول ، وذلك بالحطّ ، غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال ، وفى المرابحة منه ومن الربح (وقال محمد: لا يحط فيهما) لأن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما ، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيتخيَّرُ بفواته . قال فى التصحيح : واعتمد قول الإمام النسفى والبرهانى وصدر الشريعة .

(ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) ؛ لأن فيه

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ ، وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلاً مُكَايَلَةً ، أَوْ مَوْزُوناً مُوَازَنَةً ، فَاكْتَالَهُ أَوِ اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً ؛ لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَلاَ يَأْكُلَهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ .

غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ، لأن ركن البيع صَدَرَ من أهله فى محله، ولا غَرَرَ فيه، لأن الهلاك فى العقار نادر ، بخلاف المنقول، والغرر المنهىُّ عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلل بهذا ، هداية (وقال محمد: لا يجوز) رجوعا لاطلاق الحديث [1] واعتبارا بالمنقول ، هداية. قال فى التصحيح: واختار قول الإمام مَنْ ذكر قبله (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة) يعنى بشرط الكيل والوزن (فاكتاله) المشترى (أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه) أى للمشترى الثانى من المشترى الأول (أن يبيعه ، ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) ؛ لاحتمال الزيادة على المشروط ، وذلك للبائع، والتصرف فى مال الغير حرام، فيجب التحرُّزُ عنه ، بخلاف ما إذا باعه مجازَفةً لأن الزيادة له ، هداية . ويكفى كيله من البائع

---

(١) الحديث الذى ورد فى هذا الموضوع هو أنه عليه الصلاة والسلام : « نهى عن بيع مالم يقبض » فأما محمد بن الحسن ر... فأخذه بظاهره ، وقال : إن الحديث لم يفرق بين العقار والمنقول ، فيكون بيع كل منهما قبل قبضه ... عنه ، وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقالا : إن العلة فى هذا النهى كون المبيع قبل قبضه بعرض الهلاك فيكون العقد على شفا الانفساخ إذا تبين هلاك المبيع ، ولما كان الهلاك فى المنقول قريب الاحتمال والهلاك فى العقار نادرا حملا الحديث على خصوص المنقول ، رجوعاً إلى العلة التى من أجلها ورد النهى ، ولم تجعل العقار مما يتناوله النهى لأن الشىء النادر لا يحفل به ، فلا يكون له حكم الشىء المتكرر القريب الوقوع

وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ ، وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ الْبَائِعُ فِي الثَّمَنِ ، وَيَجُوزُ لِلبَائِعِ أَنْ يَزِيدَ فِي المَبِيعِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَتَعَلَّقُ الِاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذٰلِكَ ، وَمَنْ بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلاً مَعْلُوماً صَارَ مُؤَجَّلاً ، وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٍّ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلاً إِلاَّ القَرْضَ ؛ فَإِنَّ تَأْجِيلَهُ لاَ يَصِحُّ .

بحضرة المشترى بعد البيع ، لا قبله،فلو كِيلَ بحضرة رجل فشراهُ فباعه قبل كَيْله لم يجز وإن اكتاله الثانى ، لعدم كيل الأول ؛ فلم يكن قابضاً ، فتح .

(والتصرف فى الثمن) ولو مكيلا أو موزونا ، قهستانى (قبل القبض جائز) لقيام الملك ، وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك ، لعدم تعينها بالتعيين ، بخلاف المبيع ، هداية ، وهذا فى غير صَرْفٍ وسَلَم .

(و يجوز للمشترى أن يزيد البائع فى الثمن) ولومن غير جنسه،فى المجلس و بعده خلاصة . بشرط قبول البائع ، و كون المبيع قائما (و يجوز للبائع أن يزيد فى المبيع) و يلزمه دفعُها إن قبلها المشترى، و يجوز له أيضا أن يحطّ من الثمن ولو بعد قبضه وهلاك المبيع (و يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) لأنها تلتحق بأصل العقد،وعند زفر تكون هبة مبتدأة : إن قَبَضَها صحت ، و إلا بطلت .

(ومن باع بثمن حال ثم أجّله أجلا معلوما) أو مجهولا جهالة متقاربة كالحصاد والدِّيَاسِ ونحوذلك كما مر،وقبل المديون (صار) الثمن (مؤجلا) و إن أجله إلى مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ونزول المطر،و إلى الميسرة،فالتأجيل باطل والثمن حال(و كل دين حال) كثمن البياعات،و بدل المستهلكات (إذا أجَّلَه صاحبه) وقبل المديون (صار مؤجلا) لأنه حقه ، فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه،ألا يرى أنه يملك إبراءه مطلقاً،فكذا مؤقتا،ولأن هذه الديون يجوز أن تثبت مؤجلةً ابتداء،فجاز أن يطرأ عليها الأجل،بخلاف القرض؛ولذلك استثناه فقال (إلا القرض؛فإن تأجيله لا يصح)

باب الربا

الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ، إذا بِيعَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلاً ؛ فَالْعِلَّة فِيهِ الْكَيْلُ مَعَ الْجِنْسِ أَوِ الْوَزْنُ مَعَ الْجِنْسِ ، فَإِذَا بِيعَ الْمَكِيلُ أَوِ الْمَوْزُونُ بِجِنْسِهِ مِثْلاً بِمِثْلٍ جَازَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ

لأنه إعارة وصِلَةٌ في الابتداء،حتى يصح بلفظ الإعارة،ولا يملكه مَنْ لا يملك التبرع كالوصى والصبى،وَمعاوضة فى الانتهاء،فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما فى الإعارة؛إذ لا جَبْر فى التبرع،وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح أيضاً؛لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة وهو ربا.وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة ؛ لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى ؛ فيلزم حقًّا للموصى ، هداية .

باب الربا

بكسر الراء مقصور على الأشهر ، ويثنَّى رِبَوَانِ ـ بالواو على الأصل ـ وقد يقال رِبَيَانِ ـ على التخفيف ـ كما فى المصباح ، والنسبة إليه رِبَوِيٌّ ـ بالكسر ـ والفتح خطأ ، مغرب .

(الربا) لغة : مطلق الزيادة ، وشرعاً : فَضْلٌ خالٍ عن عوض بمعيار شرعى مشروط لأحد المتعاقدين فى المعاوضة، كما أشار إلى ذلك بقوله هو(محرم فى كل مكيل أو موزون) ولو غير مطعوم ومُقْتَات ومُدَّخر (إذا بيع بجنسه متفاضلا ؛ فالعلة فيه الكيل مع الجنس ، أو الوزن مع الجنس) قال فى الهداية:و يقال:القدر مع الجنس ، وهو أشمل ، اهـ . يعنى يشمل الكيل والوزن معاً (فإذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع) ؛ لوجود شرط الجواز ، وهو المماثلة فى المعيار (وإن

تَفَاضُلاً لَمْ يَجُزْ ، ولاَ يَجُوز بَيْعُ الجَيِّدِ بالرَّدِيء مِمَّا فِيهِ الرِّبَا إلاَّ مِثْلاً بمِثْلٍ ، فإذَا عُدِمَ الوَصْفَانِ الجِنْسُ وَالمَعْنَى المَضْمُومُ إلَيْهِ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاء ، وإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاء ، وإذَا وُجِدَ أَحَدُهُما وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاء ، وكلُّ شَيْء نَصَّ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفاضُلِ فِيهِ كَيْلاً فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا ، وإنْ تَرَكَ النَّاسُ الكَيْلَ فِيهِ ، مِثْلُ الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالْمِلْحِ ،

تفاضلا) أوكان فيه نَسَاء (لم يجز) لتحقق الربا (ولايجوز بيع الجيد بالردىء مما) يثبت (فيه الربا إلا مثلا بمثل) ؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لاقيمة لها، جوهرة . وقيدنا بما يثبت فيه الربا لإخراج مالا يدخل تحت القدر كحفنة بحفنتين وتفاحة بتفاحتين وفلس بفلسين وذرة من ذهب وفضة مما لايدخل تحت الوزن بمثليها بأعيانهما ؛ فإنه يجوز التفاضل لفقد القدر ، ويحرم النساء لوجود الجنس ؛ فلو انتفى الجنس أيضاً حل مطلقاً ، لعدم العلة (فإذا عدم الوصفان) أى (الجنس والمعنى والمضموم إليه) من الكيل أو الوزن (حل التفاضل والنساء) بالمدلاغير التأخير ، مغرب ؛ لعدم العلة المحرمة ، والأصل فيه الإباحة ، هداية (و إذا وجدا حرم التفاضل والنساء) لوجود العلة (و إن وجد أحدهما) : أى القدر وحده ، أو الجنس وحده (وعدم الآخر حَلَّ التفاضل ، وحرم النَّسَاء) ولو مع التساوى ، واستثنى فى الجمع والدرر إسلام النقود فى موزون لئلا ينْسَد أكثر أبواب السلم ، وحرر شيخنا تبعاً لغيره أن المراد بالقدر المحرم القدرُ المتفقُ ، بخلاف النقود المقدرة بالصنجات مع المقدرة بالأمنان والأرطال (وكل شىء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً) : أى (وإن ترك الناس الكيل فيه ، مثل) الأشياء الأربعة المنصوص عليهـا (الحنطة والشعير والتمر والملح) ؛ لأن النص أقوى من العرف ، والأقوى لا يترك

وَكُلُّ مَا نصَّ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزْنًا فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا ، مِثْلُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ ،

وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عِوَضَيْهِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَمَاسِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعْيِينُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ،

بالأدنى،فلو باع شيئاً من هذه الأربعة بجنسها متساويا وزناً لا يجوز، وإن تعورف ذلك لعدم تحقق المساواة فيما هو مقدر فيه (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً) : أى وإن ترك الناس الوزن فيه (مثل) الاثنين الآخرين (الذهب والفضة) فلو باع أحدهما بجنسه متساويا كيلا لا يجوز وإن تعورف ، كما مر (وما لم ينص عليه) كغير الأشياء الستة المذكورة (فهو محمول على عادات الناس) ، لأنها دلالة ظاهرة ،وعن الثانى اعتبار العرف مطلقاً؛ لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هى المنظور إليها ، وقد تبدَّلَتْ ، وخَرَّج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عدداً ، وكذا قال العلامة البركوى فى أواخر الطريقة : إنه لا حيلة له فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبى يوسف ،لكن ذكر شارحها العارف سيدى عبد الغنى ما حاصله : أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز ، ولكن نقول : إذا كان الذهب والفضة مضروبين فذكر العدد كناية عن الوزن اصطلاحا ، لأن لها وزناً مخصوصا ولذا نقش وضبط ، والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعى،اهـ. وتمامه هناك .

(وعقد الصرف) وهو (ما وقع على جنس الأثمان) من ذهب وفضة (يعتبر) أى يشترط (فيه) : أى فى صحته (قبض عوضيه فى المجلس) : أى قبل الافتراق بالأبدان ،وإن اختلف المجلس،حتى لو عَقَدَا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح ، فتح (وماسواه) أى سوى جنس الأثمان (مما) يثبت (فيه الربا يعتبر فيه التعيين، ولا يعتبر) : أى لا يشترط (فيه التقابض) لتعيينه؛ لأن غير الأثمان يتعين

وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلاَ بِالسَّوِيقِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ اللَّحْمُ الَّذِي فِي الْحَيَوَانِ أَقَلَّ مِمَّا هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَالْعِنَبِ بِالزَّبِيبِ ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ وَالسِّمْسِمِ بِالشَّيْرَجِ حَتَّى يَكُونَ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسِّمْسِمِ ،

بالتعيين (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) من الحنطة (ولا بالسويق) منها ، وهو المجروش ، ولا بيع الدقيق بالسويق ، ولا الحنطة المقلية بغيرها ، بوجه من الوجوه ، لعدم التسوية ، لأن المعيار فى كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيلُ ، وهو لا يوجب التسوية بينهما ؛ لأنها ـ بعارض التكسير ـ صارت أجزاؤها متكثرة فى الكيل ، والقمح ليس كذلك ، فلا تتحقق المساواة ؛ فيصير كبيع الجزاف . ويجوز بيع الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق إذا تساويا نعومة وكيلا .

(ويجوز بيع اللحم بالحيوان) ولو من جنسه (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لأنه بيع الموزون بما ليس بموزون، فيجوز كيف كان بشرط التعيين لاتحاد الجنس، وشرط محمد زيادة اللحم ، ليكون الزائد بمقابلة السقط، كالزيت بالزيتون ، قال التصحيح: قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما، ومشى عليه النسفى والمحبوبى وصدر الشريعة (ويجوز بيع الرطب بالتمر) وبالرطب (مثلا بمثل) كيلا عند أبى حنيفة ؛ لأن الرطب تمر وبيع التمر بمثله جائز، قال فى التصحيح: قال الإسبيجابى: وقالا: لا يجوز ؛ والصحيح قول أبى حنيفة، واعتمده النسفى والمحبوبى وصدر الشريعة (و) يجوز بيع (العنب بالزبيب) وكذا كل ثمرة تجف كتين ونحوه يباع رطبها برطبها وبيابسها، قال فى العناية: كل تفاوت خلقى كالرطب والتمر والجيد والردىء فهو ساقط الاعتبار، وكل تفاوت بصنع العباد كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغيرها يفسد، اهـ (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم) بكسر السينين (بالشيرج) ويقال له حل، بالمهملة (حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسم

فَيَكُونَ الدُّهْنُ بِمِثْلِهِ والزِّيادَةُ بِالثَّجِيرِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ اللُّحْمَانِ الْمُخْتَلِفَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً ، وَكَذَلِكَ أَلْبَانُ الْبَقَرِ والْغَنَمِ ، وَخَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ الْعِنَبِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ والدَّقِيقِ مُتَفَاضِلاً

وَلاَ رِبَا بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ ، ولاَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ

فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) بفتح المثلثة و بكسر الجيم ـ الثفل وكذا كل ما لثفله قيمة كجَوْز بدهنه ولبن بسمنه (ويجوز بيع اللحمان) بضم اللام ـ جمع لحم. مصباح (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا)والمراد لحم البقر والإبل والغنم ؛ فأما البقر والجواميس فجنس واحد، وكذا المعز والضأن ،والعرب والبخاتى ، هداية(وكذلك ألبان البقر والغنم ، وخل الدقل) بفتحين ـ ردىء التمر (بخل العنب) متفاضلا للاختلاف فى الأصول ، وكذا فى الأجزاء ،باختلاف الأسماء والمقاصد (ويجوز بيع الخبز) ولو من البر (بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عَدَدِياً أو موزوناً، والحنطة مكيلة،وعن أبى حنيفة :لاخير فيه،والفتوى على الأول ،ولاخير فى استقراضه عدداًأو وزناً عندأبى حنيفة لأنه يتفارت بالخبزوالخباز والتنور والتقدم والتأخر، وعند محمد : يجوز بهما ؛ للتعامل ، وعند أبى يوسف:يجوز وزناً ،ولايجوز عدداً؛للتفاوت فى آحاده ، هداية . قال فى الدر : والفتوى على قول محمد . ابن ملك ، واختاره فى الاختيار ، واستحسنه الكمال ، واختاره المصنف تيسيراً ، اهـ باختصار .

(ولا ربا بين المولى وعبده) ؛ لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه ؛ فلا يتحقق الربا ، (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) لأن مالهم مُبَاح فى دارهم ، فبأى طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحاً إذا لم يكن فيه غَدْر ، بخلاف المستأمن منهم ، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان ، هداية

باب السلم

السَّلَمُ جَائِزٌ فى المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ وَالمَعْدُودَاتِ الّتِى لا تَتَفَاوَتُ كَالجَوْزِ وَالْبَيْض ، وفِى المَذْرُوعَاتِ ، ولا يَجُوزُ السَّلَمُ فى الحَيَوَانِ ، ولا فى أَطْرَافِهِ ؛ ولا فى الجُلُودِ عَدَداً ؛ ولا فى الحَطَبِ حُزَمًا ولا فى الرَّطْبَةِ جُرَزاً ، ولا يَجُوزُ السَّلَمُ حتَّى يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُوداً مِنْ حِينِ الْعَقْد إِلَى حين المَحِلِّ ،

باب السلم

(السلم) لغة : السلف، وزناً ومعنى، وشرعاً: بيع آجل بعاجل، وركنه ركن البيع ، ويسمى صاحب الثمن رب السلم ، والآخر المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه .

وهو (جائز فى) الذى يمكن ضبط صفته كجودته ورداءته ، ومعرفة مقداره ، وذلك بالكيل فى (المكيلات ، و) الوزن فى (الموزونات ، و) العد فى (المعدودات التى لا تتفاوت) آحادها (كالجوز والبيض) ونحوهما (و) كذا يجوز (فى المذروعات) ؛ لإمكان ضبطها بذكر الذراع والصفة والصنعة ، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ، هداية (ولا يجوز السلم فى الحيوان) للتفاوت فى المالية باعتبار المعانى الباطنة (ولا فى أطرافه) كالرءوس والأكارع (ولا فى الجلود عدداً) لأنها لا تنضبط بالصفة ولا توزن عادة ، ولكنها تباع عدداً ، وهى عددى متفاوت (ولا فى الحطب حزماً ولا فى الرطبة جرزاً) للتفاوت ، إلا إذا عرف ذلك : بأن يبين طول ما يشدُّ به الحزمة أنه شبر أو ذراع ؛ فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا تتفاوت ، هداية .

(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل) حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس ، أو منقطعاً فيما

ولا يَصِحُّ السَّلَمَ إلاَّ مُؤَجَّلاً ، ولا يَجُوزُ إلاَّ بأَجَلٍ مَعْلومٍ ، ولا يَجُوزُ السَّلَمُ بِمِكْيالِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ ، ولا بِذِراعِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ ، ولا في طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِها ، ولا في ثَمَرَةِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها ، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ عِنْدَ أبي حنيفَةَ إلاَّ بِسَبْعِ شَرَائِطَ تُذْكَرُ في العَقْدِ : جِنْسٍ مَعْلُومٍ ، وَنَوْعٍ مَعْلُومٍ ، وَصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَمِقْدَارٍ مَعْلومٍ ، وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ ، وَمَعْرِفَةِ مِقْدَارِ رَأْسِ المال إذَا كَانَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَى

بين ذلك — لا يجوز ، هداية . ولو انقطع بعد الاستحقاق خير رب السلم بين انتظار وجوده والفسخ وأخذ رأس ماله ، در (ولا يصح السلم إلا مؤجلا) ، لأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس ، ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص ، والأجل أدناه شهر ، وقيل : ثلاثة أيام ، وقيل : أكثر من نصف يوم ، والأول أصح ، هداية (ولا يصح إلا بأجل معلوم) ؛ لأن الجهالة فيه مُفْضِية إلى المنازعة كما في البيع (ولا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ، ولا بذراع رجل بعينه) إذا لم يعرف مقداره لأنه يتأخر فيه التسليم ، فربما يضيع فيؤدى إلى المنازعة . ولا بد من أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالصاع مثلا ، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة ، إلا في قِرَبِ الماء للتعامل فيه ، كذا عن أبي يوسف ، هداية (ولا في طعام قرية بعينها ، أو ثمرة نخلة بعينها) لأنه ربما يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم ، إلا أن تكون النسبة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج ، فتنبه

(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط تذكر في العقد) وهي (جنس معلوم) كحنطة أو شعير (ونوع معلوم) كحوراني أو بلدي (وصفة معلومة) كجيد أو ردي ، (ومقدار معلوم) كـكذا كيلا أو وزنا (وأجل معلوم) وتقدم أن أدناه شهر (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان) رأس المال (مما يتعلق العقد على) معرفة

قَدْرِهِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ ، وَتَسْمِيَةِ الْمَكَانِ الَّذِى يُوَافِيهِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْمِيَةِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا ، ولا إِلَى مَكَانِ التَّسْلِيمِ ، وَيُسَلِّمُهُ فِى مَوْضِعِ الْعَقْدِ ، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ حَتَّى يَقْبِضَ رَأْسَ الْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ .

ولا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِى رَأْسِ الْمَالِ ولا فِى الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ،

(قدره) وذلك (كالمكيل والموزون والمعدود) بخلاف الثوب والحيوان فإنه يصير معلوماً بالإشارة اتفاقاً (و) السابع (تسمية المكان الذى يوافيه فيه إذا كان له) : أى المسلم فيه (حمل ومؤنة) وأما ما لا حمل له ولا مؤنة فلا ، ويسلمه حيث لقيه . (وقال أبو يوسف ومحمد : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً) بالإشارة إليه؛ لأن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب (ولا) يحتاج أيضاً (إلى) تعيين (مكان التسليم) وإن كان له حمل ومؤنة (و يسلمه فى موضع العقد) لتعينه للايفاء؛ لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ، ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره ، فتح قال فى التصحيح: واعتمد قول الإمام النسفى و برهان الشريعة والمحبوبى وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلى، اه. قال الإسبيجابى فى شرحه: وههنا شروط أخر أغمض عنها صاحب الكتاب ، وهو: أن لا يشتمل البدلان على أحد وصفى علة الربا لأنه يتضمن ربا النساء فيكون فاسداً ، وأن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين ، حتى لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير ، وأن يكون العقد باتاً ليس فيه خيار شرط لهما أو لأحدهما ، اه . وتقدم فى الربا أن القدر المحرم إنما هو القدر المتفق عليه ، فتنبه .

(ولا يصح السلم حتى يقبض) المسلم إليه (رأس المال قبل أن يفارقه) رب السلم ببدنه ، وإن ناما فى مجلسهما أو أغمى عليهما أو سارا زماناً لم يبطل كما يأتى فى الصرف

(ولا يجوز التصرف فى رأس المال ولا فى المسلم فيه قبل قبضه) أما الأول

ولا تَجُوزُ الشَرِكَةُ ولا التَّوْلِيَةُ فى المُسْلَمِ فيهِ قبلَ قَبْضِهِ ، وَيَجُوزُ السَّلَمُ فى الثِّيابِ إذا سُمِّىَ طُولاً وعَرْضاً وَرُقْعَةً ، ولا يَجُوزُ السَّلَمُ فى الجَوَاهِرِ ولا فى الخَرَزِ ، ولا بَأْسَ بالسَّلَمِ في اللَّبِنِ وَالآجُرِّ إذا سُمِّى مِلْبَناً مَعْلُومًا ، وَكلُّ مَا أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ ، وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَمُ فيهِ ، وَمَا لا يُمْكِنُ ضَبْطُ صِفَتِهِ ، ولا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لا يَجُوزُ السَّلَمُ فيهِ ،

فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ، وأما الثانى فلأن المسلم فيه مبيع ، والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ، هداية (ولاتجوز الشركة ولاالتولية) ولاالمرابحة ولا الوضيعة (فى المسلم فيه قبل قبضه) لأنه تصرف فيه قبل قبضه .

(ويجوز السلم فى الثياب) والبُسُطِ ونحوها (إذا سمى طولا وعرضاً ورقعة) بالقاف كبقعة وزناً ومعنى ــ قال فى المغرب ، يقال : رقعة هذا الثوب جيدة ، يراد غلظه وثخانته مجاز ، اهـ ، لأنه أسلم فى معلوم مقدور التسليم ، هداية (ولا يجوز السلم فى الجواهر ، ولا فى الخرز) لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ، حتى لو كانت اللآلىء صغاراً تباع بالوزن يصح السلم فيها (ولا بأس فى السلم فى اللبن) بكسر الباء الطوب الغير المحرق (والآجر) الطوب المحرق (إذا سمى ملبناً) بكسر[1] الباء (معلوماً) لأنه عددى يمكن ضبطه ، وإنما يصير معلوماً إذا ذكر طوله وعرضه وسمكه .

(و) الأصل فى ذلك أنه (كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره) ككيل أو وزن أو عدد فى متحد الآحاد (جاز السلم فيه) لأنه لا يُفْضِى إلى المنازعة (وما لا تضبط صفته ولا يعرف مقداره) لكونه غير مكيل أو موزون وآحاده متفاوتة (لايجوز السلم فيه) لأنه مجهول يُفْضِى إلى المنازعة .

* * *

---

(١) الأولى أن يكون بكسر الميم وفتح الباء بوزن اسم الآلة .

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسِّبَاعِ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَزِّ إلاّ أنْ يَكُونَ مَعَ الْقَزِّ ولا النَّحْلِ إلاّ مَعَ الْكَوَّارَاتِ ، وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فى الْبِيَاعَاتِ كَالْمُسْلِمِينَ إلاّ فى الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ خَاصَّةً ، فإن عَقْدُهُمْ عَلَى الْخَمْرِ كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْعَصِيرِ ، وَعَقْدُهُمْ عَلَى الْخِنْزِيرِ كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الشَّاةِ .

(ويجوز بيع الكلب) ولو عقوراً (والفهد) والقرد (و) سائر (السباع) سوى الخنزير ، للانتفاع بها وبجلدها ، والتَّمَسْخُرُ بالقرد ــ وإن كان حراماً ــ لا يمنع بيعه ، بل يكرهه كبيع العصير ، در عن شرح الوهبانية (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لنجاستهما وعدم حل الانتفاع بهما (ويجوز بيع دود القز إلا أن يكون مع القز) قال فى الينابيع : المذكور إنما هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقوله «إلا أن يكون مع القز» يريد أن يظهر فيه القز ، وقال محمد : يجوز كيف كان ، اهـ . قال فى الخلاصة : وفى بيع دود القز الفتوى على قول محمد إنه يجوز ، وأما بيع بزر القز فجائز عندهما وعليه الفتوى ، وكذا قال الصدر الشهيد فى واقعاته ، وتبعه النسفى ، وكذا فى المحيط ، كذا فى التصحيح (ولا) بيع (النحل إلا مع الكوارات) قال الإسبيجابى : وعن محمد أنه يجوز إذا كان مجموعاً ، والصحيح جواب ظاهر الرواية ، لأنه من الهَوَامِّ ، وقال فى الينابيع : ولا يجوز بيع النحل ، وعن محمد أنه يجوز بشرط أن يكون مُحْرَزاً ، وإن كان مع الكوارات أو مع العسل جاز بالإجماع ، وبقولهما أخذ قاضيخان والمحبوبى والنسفى ، تصحيح .

(وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) لأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين (إلا فى الخمر والخنزير خاصَّة) ومثله الميتة بخَنْقٍ أو ذبح نحو مجوسى (فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير) والميتة (كعقد المسلم على الشاة) لأنها أموال فى اعتقادهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، هداية .

كتاب الصرف

الصَّرْفُ هُوَ : الْبَيْعُ إذا كَانَ كلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعِوَضَيْنِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، فإنْ باعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَمْ يَجُزْ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَإنِ اخْتَلَفَا فى الْجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ ، وَلا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْعِوَضَيْنِ قَبْلَ الْإفْتِرَاقِ ، وَإذَا بَاعَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ جازَ التَّفَاضُلُ وَوَجَبَ التَّقَابُضُ وَإن افْتَرَقَا فى الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِ الْعِوَضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ الْعَقْدُ ،

كتاب الصرف

لما كان البيع بالنظر إلى المبيع أربعة أنواع : بيع العين بالعين ،والعين بالدَّين، والدين بالعين ، والدين بالدين . وبين الثلاثة الأول ـ شرع فى بيان الرابع، فقال:

(الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) الذهب والفضة (فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لم يجز إلا مثلا بمثل) أى متساويا وزنا (وإن اختلفا فى الجودة والصياغة) لما مر فى الربا من أن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها (ولا بد) لبقائه على الصحة (من قبض العوضين قبل الافتراق) بالأبدان ، حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً فى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف ، هداية . (وإذا باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لاختلاف الجنس (ووجب التقابض) لحرمة النساء (وإن افترقا فى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات شرط الصحة ـ وهو القبض قبل الافتراق ـ ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ؛ لأنه لا يبقى القبض مستحقاً ، ولا الأجل ، لفوات القبض . فإن أسقط الخيار أو الأجل مَنْ هوله قبل الافتراق عاد جائزاً ؛ لارتفاعه قبل تقرر الفساد ، بخلافه بعد الافتراق ؛ لتقرره .

وَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْــلَ قَبْضِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً ، وَمَنْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًّى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ دِرْهَمًا فَدَفَعَ مِنْ ثَمَنِهِ خَمْسِينَ جَازَ الْبَيْعُ ، وَكَانَ الْمَقْبُوضُ حِصَّةَ الْفِضَّةِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ذَٰلِكَ ، وَكَذَٰلِكَ إِنْ قَالَ : خُذْ هَٰذِهِ الْخَمْسِينَ مِنْ ثَمَنِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ الْعَقْدُ فِي الْحِلْيَةِ وَالسَّيْفِ إِنْ كَانَ لا يَتَخَلَّصُ إِلاَّ بِضَرَرٍ ، وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِغَيْرِ ضَرَرٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي السَّيْفِ

(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) لما مر أن القبض شرط لبقائه على الصحة ، وفي جواز التصرف فيه قبل قبضه فواته .

(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) ؛ لأن المساواه فيه غير مشروطة ، لكن بشرط التقابض في المجلس .

(ومن باع سيفاً محلى) بفضة (بمائة درهم)فضة (وحليته خمسون درهما فدفع) المشترى (من ثمنه خمسين) درهما (جاز البيع ، وكان المقبوض حصة الفضة)التى هى الحلية (وإن لم يبين) المشترى (ذلك) ؛لأن قبض حصتها في المجلس واجب لكونه بدل الصرف،والظاهر من حاله أنه يأتى بالواجب(وكذلك إن قال:خذ هذه الخمسين من ثمنهما)تحريا للجواز ؛لأنه يذكر الاثنان ويراد به الواحد كما في قوله تعالى: « يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان[1] » وكذا لو قال: هذا المعجَّلُ حصة السيف ؛ لأنه اسم للحلية أيضاً لدخولها في بيعه تبعاً، ولو زاد «خاصة» فسد البيع،لإزالة الاحتمال كما في الهداية (فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية) لأنه صرف، وشرطه التقابض قبل الافتراق (و) كذا في(السيف إذا كان لا يتخلص إلا بضرر)؛لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر،ولهذا لا يجوز إفراده بالعقد كالجذع في السقف(وإن كان يتخلص بدون ضرر جاز البيع في السيف)؛لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق

---

(١) الآية ٢٢ من سورة الرحمن .

وَبَطَلَ فى الْحِلْيَةِ ، وَمَنْ بَاعَ إِنَاء فِضَّـةٍ ثُمَّ افْتَرَقَا وَقَدْ قَبضَ بَعْضَ ثَمَنِهِ بَطَلَ الْعَقْدُ فِيمَا لَمْ يُقْبَضْ ، وَصَحَّ فِيمَا قُبِضَ ، وَكَانَ الْإِنَاء مُشْتَرَكاً بَيْنَهُمَا ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْإِنَاء كَانَ الْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاء أَخَذَ الْبَاقِىَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاء رَدَّهُ ، وَإِنْ بَاعَ قِطْعَةَ نُقْرَةٍ فَاسْتُحِقَّ بَعْضُهَا أَخَذَ مَا بَقِىَ بِحِصَّتِهِ ، وَلا خِيَارَ لَهُ ، وَمَنْ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَاراً بِدِينَارَيْنِ وَدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ وَجُعِلَ كل وَاحِـدٍ مِنَ الْجِنْسَيْنِ بِالْجِنْسِ الآخَرِ ، وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَماً

والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفروزة أزيد من الحلية ، فإن كانت مثلها أو أقل أو لا يُدْرَى لا يجوز البيع (و بطل فى الحلية) ؛ لعدم التقابض الواجب ، والأصل فى ذلك : أنه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزر كش بنقد من جنسه يشترط زيادة الثمن والتقابض ، وإن بغير جنسه شرط التقابض فقط (ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض) البائع (بعض ثمنه بطل العقد فيما لم يقبض) فقط (وصح فيما قبض ، وكان الإناء شركة بينهما) ؛ لأن الإناء كله صرف ؛ فصح فيما وجد شرطه ، و بطل فيما لم يوجد ، والفساد طارىء ؛ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ، هداية (وإن استحق بعض الإناء) بالبرهان (كان المشترى بالخيار : إن شاء أخذ الباقى بحصته ، وإن شاء رده) لتعيبه بغير صُنْعه ؛ لأن الشركة عيب ، والفرق بين هذه والتى قبلها أن الشركة فى الأولى من جهة المشترى ، وهنا كانت موجودة مقارنة للعقد ، عينى (وإن باع قطعة نقرة) : أى فضة غير مضروبة (فاستحق بعضها أخذ ما بقى بحصته ، ولا خيار له) لأنها لا يضرها التبعيض (ومن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم) أو كر بر و كر شعير بكرى بر وكرى شعير (جاز البيع ، وجعل كل واحد من الجنسين بالجنس الآخر) ؛ لأنه طريق متعين للصحة فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه ، والأصل : أن العقد إذا كان له وجهان أحدهما يصححه والآخر يفسده حمل على ما يصححه ، جوهرة (ومن باع أحد عشر درهما)

بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ جَازَ الْبَيْعُ ، وَكَانَتِ الْعَشَرَةُ بِمِثْلِهَا ، وَالدِّينَارُ بِدِرْهَمٍ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غَلَّةً بِدِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمَيْنِ غَلَّةً ، وَإِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْفِضَّةَ فَهِيَ فِضَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّنَانِيرِ الذَّهَبَ فَهِيَ ذَهَبٌ ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِمَا مِنْ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْجِيَادِ ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ عَلَيْهِمَا الْغِشَّ فَلَيْسَا فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ، فَإِذَا بِيعَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلاً جَازَ ،

فضة (بعشرة دراهم) فضة (ودينار) ذهباً (جاز البيع، وكانت العشرة بمثلها ، والدينار بدرهم)؛ لأن شرط البيع في الدراهم التماثل؛ فالظاهر أنه أراد به ذلك ، فيبقى الدرهم بالدينار ، وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما . ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته قيمة باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وإن لم تبلغ فمع الكراهة ، وإن لم تكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلها عوض ، هداية (ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة) - بفتح أوله وتشديد ثانيه - فضة رديئة يردها بيت المال ويقبلها التجار (بدرهم صحيح ودرهمين غلة) للمساواة وزناً وعدم اعتبار الجودة (وإذا كان الغالب على الدراهم) المغشوشة (الفضة فهي) كلها (فضة) حكما (و) كذا (إذا كان الغالب على الدنانير) المغشوشة (الذهب فهي) كلها (ذهب) حكما (و) كذا (يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد) ؛ لأن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة لأجل الانطباع، فإنها بدونه تتفتت ، وحيث كان كذلك اعتبر الغالب ، لأن المغلوب في حكم المستهلك (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير) اعتباراً للغالب (فإذا) اشترى بها فضة خالصة فهي على الوجوه التي ذكرت في حلية السيف ، وإذا (بيعت بجنسها متفاضلا جاز) بصرف الجنس لخلافه ، لأن الغش الذي بها معتبر لكونه غالباً ، والذهب والفضة معتبر أيضا ، فكان

وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً ثُمَّ كَسَدَتْ وَتَرَكَ النَّاسُ الْمُعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْبَيْعِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : عَلَيْهِ قِيمَتُهَا آخِرَ مَا تَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا ، وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ وَإِنْ لَمْ تَتَعَيَّنْ ، وَإِنْ كَانَتْ كَاسِدَةً لَمْ يَجُزِ الْبَيْعُ بِهَا حَتَّى يُعَيِّنَهَا ، وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

لكل واحد منهما حكم نفسه ، بشرط التقابض لوجود القدر (وإذا اشترى بها) أى بالدراهم الغالبة الغش وهى نافقة (سلعةً ثم كسدت) تلك الدراهم قبل التسليم إلى البائع (فترك الناس المعاملة بها) فى جميع البلاد ، فلو راجت فى بعضها لم يبطل البيع ، ولكن يخيّر البائع لتعيبها ، أو انقطعت عن أيدى الناس (بطل البيع عند أبى حنيفة) ؛ لأن الثمنية بالاصطلاح ، ولم يبق ، فبقى البيع بلا ثمن فيبطل ، وإذا بطل وجب رد البيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكا كما فى البيع الفاسد، فيض (وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم البيع) ؛ لأن العقد قد صح ، إلا أنه تعذر التسليم بالكساد ، وهو لا يوجب الفساد ، وإذا بقى العقد بها تجب القيمة يوم البيع لأن الضمان به (وقال محمد : عليه قيمتها آخر ماتعامل الناس بها) لأنه أوان الانتقال إلى القيمة ، وبه يفتى كما فى الخانية والخلاصة والفتاوى الصغرى والكبرى والحقائق عن المحيط والتتمة ، وعزاه فى الذخيرة إلى الصدر الشهيد ، وكثير من المشايخ قيد بالكساد ، لأنها إذا غلت أو رخصت قبل القبض كان البيع على حاله إجماعاً ، ولا خيار لواحد منهما ، ويطالب بنقد ذلك المعيار الذى كان وقت البيع ، كما فى الفتح

(ويجوز البيع بالفلوس) مطلقاً ؛ لأنها مال معلوم ، لكن (النافقة) يجوز البيع بها (، إن لم تتعين) لأنها أثمان بالاصطلاح ، فلا فائدة فى تعينها (وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها) بالإشارة إليها ؛ لأنها سلع فلا بد من تعينها (وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت) أو انقطعت (بطل البيع عند أبى حنيفة

وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسًا جَازَ الْبَيْعُ وَعَلَيْهِ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الْفُلُوس ، وَمَنْ أَعْطَى الصَّيْرَفِيَّ دِرْهَمًا وَقَالَ :

خلافا لهما ، وهو نظير الخلاف الذى بيناه ، هداية ، وفيها : ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبى حنيفة عليه مثلها ؛ لإنه إعارة وموجَبُهَا ردُّ العينِ معنى ، والثمنية فَضْلٌ فيه ، إذ القرض لا يختص به ، وعندهما يجب قيمتها ؛ لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض ، فيجب رد القيمة ، كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبى يوسف يوم القبض ، وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل ، اه قال شيخنا فى رسالته : اعلم أن الظاهر من كلامهم أن جميع ما مر إنما هو فى الفلوس والدراهم التى غلب غِشها كما يظهر بالتأمل ، ويدل عليه اقتصارهم فى بعض المواضع على الفلوس ، وفى بعضها ذكر العدالى معها ، فإن العدالى ـ كما فى البحر ـ الدراهم المنسوبة إلى العدل ، وكأنه اسم ملك ينسب إليه درهم فيه غش ، ولم يظهر حكم النقود الخالصة أو المغلوبة الغش ، وكأنهم لم يتعرضوا لها لندرة انقطاعها أو كسادها ، لكن يكثر فى زماننا غلاؤها ورخصها فيحتاج إلى بيان الحكم فيها ، ولم أر من نبه عليها ، نعم يفهم من التقييد أن الخالصة أو المغلوبة ليس حكمها كذلك ، والذى يغلب على الظن ويميل إليه القلب أن الدراهم المغلوبة الغش أو الخالصة إذا غلت أو رخصت لا يفسد البيع قطعا ، ولا يجب إلا ما وقع عليه العقد من النوع المذكور فيه ، فإنها أثمان عرفا وخلقة ، والغش المغلوب كالعدم ، ولا يجرى فى ذلك خلاف أبى يوسف ، على أنه ذكر بعض الفضلاء أن خلاف أبى يوسف إنما هو فى الفلوس فقط ، وأما الدراهم التى غلب غشها فلا خلاف له فيها ، وبهذا يحصل التوفيق بين حكاية الخلاف تارة والإجماع تارة أخرى كما تدل عليه عباراتهم ، فحيث كان الواجب ما وقع عليه العقد فى الدراهم التى غلب غشها إجماعا ففى الخالصة ونحوها أولى ، وتمامه فيها (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) مثلا (فلوساً جاز البيع) بلا بيان عددها (وعليه) : أى البائع (ما يباع بنصف درهم من الفلوس) ؛ لأنه عبارة عن مقدار معلوم منها (ومن أعطى الصيرفى درهما وقال :

أَعْطِنِي بِنِصْفِهِ فُلُوساً وَبِنِصْفِهِ نِصْفاً إِلاَّ حَبَّةً فَسَدَ الْبَيْعُ فِي الْجَمِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفُ وَمُحَمَّدٌ : جَازَ الْبَيْعُ فِي الْفُلُوسِ ، وَبَطَلَ فِيمَا بَقِيَ ، وَلَوْ قَالَ : « أَعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوساً وَنِصْفاً إِلاَّ حَبَّةً » جَازَ الْبَيْعُ ، وَكَانَتِ الْفُلُوسُ وَالنِّصْفُ إِلاَّ حَبَّةً بِدِرْهَمٍ .

أعطنى بنصفه فلوساً وبنصفه) الآخر (نصفاً إلا حبة فسد البيع فى الجميع عند أبى حنيفة) لأن الصفقة متحدة فيشيع الفساد (وقالا : جاز البيع فى الفلوس ، و بطل فيما بقى) لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز ، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز ، ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما ، وهو الصحيح[1] ، لأنهما بيعان ، هداية. (ولو قال : أعطنى)به (نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ، وكانت الفلوس والنصف إلا حبة بدرهم) لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة ، فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس ، هداية .

* * *

---

(١) معنى هذا أن رأى أبى حنيفة فى هذا الفرع كرأى الصاحبين ، وهو جواز البيع فى الفلوس وبطلانه فيما بقى ، وخلاصة صور هذا الفرع أنه إما أن يكرر لفظ الإعطاء بأن يقول: أعطنى بنصف هذا الدرهم فلوسا ، وأعطنى بنصفه الأخر نصفا إلا حبة ، وإما أن يذكر لفظ الإعطاء مرة واحدة ، وفى هذه الحالة إما أن تجعل الفلوس فى مقابل نصف ، والنصف إلا حبة فى مقابل النصف الآخر ، بأن يقول : أعطنى بنصف هذا الدرهم فلوسا وبنصفه الآخر نصفا إلا حبة ، وإما أن يجعل الفلوس والنصف إلا حبة فى مقابل الدرهم من غير تفصيل ، بأن يقول : أعطنى بهذا الدرهم نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة : فالصورة الأخيرة صحيحة فى الفلوس والنصف إلا حبة اتفاقا ، والأولى صحيحة فى الفلوس باطلة فى النصف إلا حبة اتفاقا ، والوسطى هى محل الخلاف فافهم ذلك والله المسؤل أن يرشدك ، وهو ـ سبحانه ـ أعلى وأعلم.

كتاب الرهن

الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَيَتِمُّ بِالْقَبْضِ؛ فَإِذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مَحُوزاً مُفَرَّغاً مُمَيَّزاً

كتاب الرهن

مناسَبَتُه للبيع ظاهرة ، لأن الغالب أنه يكون بعده .

(الرهن) لغةً : الحبسُ[(١)] ، وشرعاً : حَبْسُ شىء بحق يمكن استيفاؤه منه ، و (ينعقد بالإيجاب والقبول) اعتباراً بسائر العقود ، غير أنه لا يتم بمجرد ذلك (و) إنما (يتم) ويلزم (بالقبض) وهذا إشارة إلى أن القبض شرط لزومه كما فى الهبة ، وهو خلاف ما صححه فى المجتبى من أنه شرط الجواز ، قال فى الهداية : ثم يكتفَى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف أنه لا يثبت فى المنقول إلا بالنقل ، والأول أصح ، اهـ . (فإذا قبض المرتهن الرهن) حال كونه (محُوزاً) : أى مجموعا ، احترز به عن المتفرق ، كالثمر على رؤوس النخل والزرع فى الأرض بدون النخل والأرض ، كما فى المجتبى (مفرغاً) : أى غير مشغول بحق الراهن ، احترازاً عن النخل المشغول بالثمرة والأرض المشغولة بالزرع بدون الثمر والزرع (مميزاً) : أى غير مشاع كما فى المجتبى وغاية البيان ، وهذه المعانى هى المناسبة لهذه الألفاظ ، لا ما قيل: إن الأول احتراز عن المُشَاع، والثالث عن الثمر على الشجر دون الشجر ، كما لا يخفى على أهل النظر . كذا فى الدرر

---

(١) وفى القرآن الكريم (كل نفس بما كسبت رهينة) أى محبوسة ، وقد يطلق الرهن لغة على نفس الشىء المرهون من باب تسمية المفعول بالمصدر .

تَمَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَمَا لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ سَلَّمَهُ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَنِ الرَّهْنِ ، فَإِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَقَبَضَهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ ، وَلاَ يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلاَّ بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ ، وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَقِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءٌ صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِياً لِدَيْنِهِ حُكْماً ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ فَالْفَضْلُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهَا وَرَجَعَ الْمُرْتَهِنُ بِالْفَضْلِ ،

(تم العقد فيه [1]) ولزم، لحصول الشرط (وما لم يقبضه) المرتهن (فالراهن بالخيار : إن شاء سلمه ، و إن شاء رجع عن الرهن) كما فى الهبة (فإذا سلمه إليه) : أى إلى المرتهن (وقبَضَه دخل فى ضمانه) لتمامه بالقبض .

(ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون)لأنه شُرِعَ استيثاقا للدين،والاستيثاق فيما ليس بمضمون لَغوٌ .

(وهو) : أى الرهن الذى دخل فى ضمانه (مضمون بالأقل) : أى بما هو أقل (من قيمته ومن الدين) فإن كان الدين أقلَّ من القيمة فهو مضمون بالدين، و إن كانت القيمة أقل من الدين فهو مضمون بالقيمة ، فتكون « مِنْ » لبيان الأقل الذى هو القيمة تارة والدَّينُ أخرى ، صدر الشريعة (فإذا هلك) الرهن (فى يد المرتهن وقيمته) يوم الرهن (والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكمًا) لتعلق قيمة الرهن بذمته ، وهى مثل دينه الذى على الراهن ، فتقاصَّا (و) كذلك (إن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) : أى غير مضمون ، ما لم يتعدَّ ، قنية (و إن كانت) القيمة (أقل سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن بالفضل) على الراهن ؛ لأن الاستيفاء بقدر المالية .

---

(١) وعند مالك رضى الله عنه يتم الرهن ويلزم بمجرد العقد ، ويؤيد ما ذهبنا إليه قوله تعالى (فرهن مقبوضة) فقد علقه سبحانه بالقبض فلا يتم إلا به .

وَلاَ يجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ ، وَلاَ رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَى رُؤُوسِ النَّخْلِ دُونَ النَّخْلِ ، وَلاَ زَرْعٍ فِي الْأَرْضِ دُونَ الْأَرْضِ ، وَلاَ يَجُوزُ رَهْنُ الْأَرْضِ وَالنَّخْلِ دُونَهُمَا ، وَلاَ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ كَالْوَدَائِعِ وَالْمُضَارَبَاتِ وَمَالِ الشَّرِكَةِ ، وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَثَمَنِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ ، فَإِنْ هَلَكَ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِياً لِدَيْنِهِ .

وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَى يَدِ عَدْلٍ جَازَ ، وَلَيْسَ

(ولا يجوز رهن المشاع) سواء كان يحتمل القسمة أولا ، من شريكه أو غيره ، ثم الصحيح أنه فاسد يُضْمَن بالقبض ، كما فى الدر (ولا) يجوز (رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل، ولا) رهن (زرع فى أرض دون الأرض) ؛ لما مر من أنه غير مَحُوز ، ولأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خِلْقَةً ؛ فكان بمعنى المشاع ، (و) كذا (لا يجوز) العكس،وهو (رهن النخل والأرض دونهما) أى الثمر والزرع؛ لأن الاتصال من الطرفين (ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والمضاربات ومال الشركة) ؛ لكونها غير مضمونة ، فللراهن أن يأخذه ، ولو هلك فى يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شىء ،كما فى صدر الشريعة (و يصح الرهن برأس مال السلم ، وثمن الصرف ، والمسلم فيه) ؛ لأن المقصود ضمان المال ، والمجانسة ثابتة فى المالية ، فيثبت الاستيفاء (فإن هلك) أى الرهن بثمن الصرف والسلم (فى مجلس العقد) : أى قبل الافتراق (تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفياً لدينه) حكماً ؛ لتحقق القبض ، وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا ؛ لفوات القبض حقيقة وحكماً ، وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ؛ لأنه يصير مستوفياً للمسلم فيه ؛ فلم يبق السلم ، ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال ؛ لأنه بدله .

(وإذا اتَّفَقَا) : أى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن على يد عدل) سمى به لعدالته فى زعمهما (جاز) ؛ لأن المرتهن رضى بإسقاط حقه (وليس

الْمُرْتَهِنِ وَلَا لِلرَّاهِنِ أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ، فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ . وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، فَإِنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِهَا وَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّيْنِ ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ وَالصِّنَاعَةِ .

وَمَنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى غَيْرِهِ فَأَخَذَ مِنْهُ مِثْلَ دَيْنِهِ فَأَنْفَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ زُيُوفًا فَلَا شَيْءَ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَرُدُّ مِثْلَ الزُّيُوفِ وَيَرْجِعُ بِالْجِيَادِ ،

للمرتهن ولا للراهن أخذه من يده) ؛ لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وأمانته ، و مانى حق المرتهن به استيفاء ، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر (فإن هلك) الرهن (فى يده) : أى العَدْلِ (هلك من ضمان المرتهن) ؛ لأن يده فى حق المالية يد المرتهن ، وهى مضمونة . هداية .

(ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنها محل للاستيفاء (فإن رُهِنَتْ) المذكورات (بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ، وإن اختلفا) : أى الرهن والدين (فى الجودة والصناعة) ؛ لأنه لا عبرة بالجودة عند المقابلة بالجنس ، وهذا عند الإمام ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسها ، وإن رُهِنَتْ بخلاف جنسها هلكت بقيمتها كسائر الأموال .

* * *

(ومن كان له دين على غيره فأخذ منه مثل دينه فأنفقه) على زعم أنه جياد (ثم علم) بعد ما أنفقه (أنه كان زُيُوفاً فلا شىء له عند أبى حنيفة) لأنه وصل إليه مثل حقه قدراً ، والدراهم لا تخلو عن زَيْفٍ ، والجودة لا قيمة لها (وقال أبو يوسف ومحمد : يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) اعتباراً للمُعَادلة ، قال الإسبيجابى : وذكر فى الجامع الصغير قول محمد مع أبى حنيفة ، وهو الصحيح ، واعتمده النسفى، لكن قال فخر الإسلام: قولهما قياس، وقول أبى يوسف استحسان

وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ .

وَإِذَا وَكَّلَ الرَّاهِنُ المرْتَهِنَ أَوِ الْعَدْلَ أَوْ غَيْرَهُمَا بِبَيْعِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ فَالْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ ، فَإِنْ شُرِطَتْ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ عَزْلُهُ عَنْهَا ، فَإِنْ عَزَلَهُ لَمْ يَنْعَزِلْ ، وَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ لَمْ يَنْعَزِلْ .

وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ ،

وقال فى العيون : ماقاله أبو يوسف حسن وأدْفَعُ للضرر فاخترناهُ للفتوى، تصحيح

(ومن رهن عبدين) جملة (بألف درهم) مثلا ، ولم يسم لـكل واحد قدراً من المـال (فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) ؛ لأن الرهن محبوس بكل الدين ؛ فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه ، مبالغة فى حمله على قضائه ، فإن سمى لـكل واحد منهما شيئا وقضاه كان له أن يقبضه على الأصح ، كما فى الدر .

(وإذا وَكلَ الراهن المرتهن أو العدل) الذى وضع الرهن على يديه (أو غيرهما) كالأجنبى (ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) ؛ لأنه توكيل ببيع ماله (فإن شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن فليس للراهن عزله عنها ، فإن عزله لم ينعزل) ؛ لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقاً من حقوقه ، ولو وكله بالبيع مطلقاً ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه ؛ لأنه لازم بأصله فـكذا بوصفه ، وكذا إذا عزله المرتهن لم ينعزل ، لأنه لم يوكله ، وإنما وكله غيره ، هداية (و) كذا (إن مات الراهن) أو المرتهن (لم ينعزل) فهى تخالف الوكالة المفردة من وجوه : منها ما تقدم ، ومنها أن الوكيل هنا يجبر على البيع عند الامتناع ؛ ومنها أنه يملك بيع الولد والأرْشِ ، ومنها إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى جنسه .

(وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه) إذا حَلَّ الأجلُ ؛ لأن الرهن وثيقة فلا يمنع المطالبة كالـكفالة (ويحبسه به) إذا مَطَله لظلمه ؛ لأن الحبس جزاء

وَإِنْ كان الراهِنُ مُعْسِراً اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ فِي قِيمَتِهِ فَقَضَى بِهَا دَيْنَهُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ ، وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ فَالْمُرْتَهِنُ هُوَ الْخَصْمُ فِي تَضْمِينِهِ ،

حق المرتهن من الوثيقة – ولا يمكن استدراك حقه إلا بالتضمين – لزمت قيمته فكانت رهنا مكانه ، فإذا حَلَّ الدينُ اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه وردَّ الفضْل (وإن كان الراهن معسرا استسعى) بالبناء للمفعول (العبد فى) الأقل من (قيمته) ومن الدين (فقضى به دينه) ؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه – وهو العبد – لأن الخراج بالضمان [1] ، ثم يرجع بما يسعى على مولاه إذا أيسر ؛ لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه . هداية (وكذلك) الحكم (إذا استهلك الراهن الرهن) : أى كالحكم المار فى إعتاق الراهن العبدَ المرهونَ ، إلا فى السعاية ؛ لاستحالة سعاية المستهلك (وإن استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه) لأنه أحق بعين الرهن حالَ قيامه ، فكذا فى استرداد ما قام مقامه ، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك

---

(١) « الخراج بالضمان » هذه قاعدة من قواعد الفقه تجرى فى أبواب كثيرة ، ومعناها أن الغرم بالغنم ، والمراد أن من يكون له أن يغنم بمقتضى تصرف من التصرفات فعليه أن يغرم ما يقتضيه هذا التصرف من المغارم ، وإنما لزمت العبد السعاية لأن الدين متعلق برقبته ، وقد صارت رقبته بمقتضى هذا العتق سالمة له ، فهذا هو الغنم الذى ترتب على تصرف الراهن بالعتق وقد تعذر استيفاء الدين من الرهن الذى هو العبد لأنه لا يصح بيعه ، فكان عليه أن يغرمه ، وإنما قلنا « يستسعى العبد فى الأقل من قيمته ومن الدين » ، لأنه لا يخلو من أن يكون الدين أقل من قيمته أو أكثر منها ، فإن كان الدين أقل من القيمة فإن مولى العبد الذى أعتقه – وهو الراهن – ما كان يجب عليه أن يؤدى للمرتهن إلا الدين فكذا العبد ، وإن كان الدين أكثر من قيمة العبد فإنا لا نلزمه بالزيادة ؛ لأنه إنما سلمت له رقبته وهى لا تساوى إلا القيمة ، فلكى يكون الغرم على قدر الغنم لا نكلفه الزيادة : هذا كله إذا أعتقه الراهن بغير إذن المرتهن ، فإن أعتقه بإذنه فلا سعاية على العبد .

وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ حَتَّى يَقْضِيَهُ الدَّيْنَ مِن ثَمَنِهِ ، فَإِنْ قَضَاهُ الدَّيْنَ قِيلَ لَهُ : سَلِّمِ الرَّهْنَ إِلَيْهِ ، وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ فَالْبَيْعُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ أَجَازَهُ المُرْتَهِنُ جَازَ ، وَإِنْ قَضاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جَازَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفَذَ عِتْقُهُ ، فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالاً طُولِبَ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً أَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ الْعَبْدِ فَجُعِلَتْ رهْناً مَكَانَهُ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ ،

الظلم ، فإذا ظهر ظلمه حبسه القاضى به وإن كان به رهن (وإن كان الرهن فى يده) : أى يد المرتهن (فليس عليه أن يمكنه من بيعه) : أى الرهن (حتى) أى لأجل أن (يقضيه الدين من ثمنه) لأن حكم الرهن الحبسُ الدائمُ إلى قضاء الدين لأجل الوثيقة ، وهذا يؤدى إلى إبطاله (فإذا قضاه الدين قيل له) أى للمرتهن : (سلم الرهن إليه) أى إلى الراهن ، لزوال المانع من التسليم — وهو الدين — فإن هلك فى يده قبل أن يرده هلك بالدين ؛ لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق ، فيكون الثانى استيفاء ثانياً فيجب رده ، جوهرة (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به (فإن أجازهُ المرتهن جاز البيع) وصار ثمنه رهنا مكانه ، لأن البدل له حكم المُبْدَلِ (وإن قضاه الراهن دينه جاز البيع) أيضا : لزوال المانع من النفوذ ، وإلا بقى موقوفا ، وكان المشترى بالخيار : إن شاء صبر إلى فك الرهن ، أو رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ البيع (وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وخرج من الرهن ؛ لأنه صار حرا (فإن كان الدين حالا) والراهن موسرا (طولب بأداء الدين) ؛ لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المُقَاصَّةُ بقدر الدين فلا تحصل فائدة (وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد فجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) وذلك لأنه لما بطل

وَيَأْخُذُ الْقِيمَةَ فَتَكُونُ رَهْنا فِى يَدِهِ ،

وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ ، وَجِنَايَةُ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ تُسْقِطُ مِنْ دَيْنِهِ بِقَدْرِهَا ، وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ وَعَلَى الْمُرْتَهِنِ وَعَلَى مَالِهِمَا هَدَرٌ .

وأُجْرَةُ الْبَيْتِ الذِى يُحْفَظُ فِيهِ الرَّهْنُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَأُجْرَةُ الرَّاعِى وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ ،

(و يأخذ) المرتهن (القيمة فتكون رهنا فى يده) ؛ لأنها قائمة مقام العين .

(وجناية الراهن على الرهن مضمونة) ؛ لأنه تفويت حق لازم محترم ، وتعلُّقُ مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان (وجناية المرتهن عليه) أى الرهن (تسقط من الدين بقدرها) : أى الجناية ؛ لأنه أتلف ملك غيره فلزمه ضمانه ، و إذا لزمه وقد حَلَّ الدينُ سقط بقدره ، وهذا إذا كان الدين من جنس الضمان ، وإلا لم يسقط منه شيء ، والجناية على المرتهن ، وللمرتهن أن يستوفى دينه (وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هَدَرٌ) : أما كون جنايته على الرهن هدراً فلأنها جناية المملوك على مالكه ، وهى فيما يوجب المال هَدَر ؛ لأنه المستحق ، وأما كون جنايته على المرتهن هدراً فلأن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه نظيرها لأنها حصلت فى ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخلص عليه . درر . والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ، وأما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع ، نهاية .

(وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن) وأجرة حافظه (على المرتهن)؛ لأنه مؤنة الحفظ وهى عليه (وأجرة الراعى) لو الرهن حيواناً (ونفقة الرهن) لو إنساناً وعُشْرهُ أو خَرَاجه لو ضياعا (على الراهن) والأصل فيه : أن كل مايحتاج إليه لمصلحة الرهن

وَنَمَاؤُهُ لِلرَّاهِنِ ، فَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ ، فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ هَلَكَ الْأَصْلُ وَبَقِيَ النَّمَاءُ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحِصَّتِهِ ، وَيُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَوْمَ الْفِكَاكِ ، فَمَا أَصَابَ الْأَصْلَ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ ، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِهِ .

وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ ، وَلَا تَجُوزُ

بنفسه وتبقيته فعلى الراهن ، لأنه ملكه . وكل ما كان لحفظه فعلى المرتهن ،لأن حبسه له (ونماؤه) : أى الرهن ، كالولد والثمر واللبن والصوف (للراهن) ؛ لأنه نماء ملكه (فيكون رهنا مع الأصل) ؛ لأنه تبع له لكونه متولدا منه ، بخلاف ماهو بدَل عن المنفعة كالكسب والأجرة ، وكذا الهبة والصدقة فإنها غير داخلة فى الرهن ، وتكون للراهن ، والأصل : أن كل مايتولد من عين الرهن يسرى إليه حكم الرهن ، ومالا فلا ، مجمع الفتاوى (فإن هلك) النماء (هلك بغيرشىء)لأن الأتباع لا قِسْطَ لها مما يقابل بالأصل ، لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ، إذ اللفظ لايتناولها (وإن هلك الأصل و بقى النماء افتكه الراهن بحصته) من الدين لأنه صار مقصودا بالفكاك ،والتبع يقابله حصة إذا كان مقصودا ،وحينئذ(يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض) ؛ لأنه يصير مضموناً بالقبض (وقيمة النماء يوم الفكاك) ، لأنها تصير مقصودة بالفكاك إذا بقى إلى وقته (فما أصاب الأصل سقط من الدين) بقدره ؛ لأنه يقابله الأصل مقصوداً (وما أصاب النماء افتكه الراهن به) : أى بما أصابه ، كما لو كان الدين عشرة ، وقيمة الأصل يوم القبض عشرة ، وقيمة النماء يوم الفك خمسة ، فثلثا العشرة حصة الأصل فيسقط ، وثلث العشرة حصة النماء فيفك به .

(وتجوز الزيادة فى الرهن) كأن يرهن ثوبا بعشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة ،وتعتبر قيمتها يوم القبض أيضا (ولاتجوز)

فى الدَّيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَلاَ يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْناً بِهِماَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فى الدَّيْنِ أَيْضًا ، وَإِذَا رَهَنَ عَيْناً وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَازَ وَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ وَالمَضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةُ دَيْنِهِ مِنْهَا ؛ فَإِنْ قَضَى أَحَدَهُمَا دَيْنَهُ كَانَتْ كُلُّهَا

الزيادة (فى الدين عند أبى حنيفة ومحمد) كأن يقول: أقرِضْنِي خمسةً أخرى على أن يكون الثوب الذى عندك رهناً بخمسة عشر؛ فلا يلتحق بأصل العقد (ولا يصير الرهن رهنا بهما) ؛ لأن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن ، وهو غير مشروع عندنا ، والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن ؛ هداية (وقال أبو يوسف : تجوز الزيادة فى الدين أيضا) قال فى التصحيح : واعتمد قولهما النسفى و برهان الأئمة المحبوبى كما هو الرسم .

(و إذا رهن عينا واحدة عند رجلين) ولو غير شريكين (بدين لكل واحد منهما جاز ، وجميعها رهن عند كل واحد منهما) ؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين بصفقة واحدة ، ولا شيوع فيه ، وموجبُه الحبس بالدين ، وهو لا يتجزأ ، فصار محبوساً بكل منهما ، بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة لأن المقصود منها الملك ، والعين الواحدة لا يتصور كونها ملكا لكل منهما كَمَلاً فلا بد من الانقسام ، وهو ينافى المقصود ، درر ، ثم إن تهايآ(١) فكل واحد منهما فى نَوْبَته كالعَدْلِ فى حق الآخر ، وهذا إذا كان مما لا يتجزأ ، و إلا فعلى كل حبسُ النصف ؛ فلو دفع له كله ضمنه عنده ، خلافا لهما ، وأصله مسألة الوديعة . در عن الزيلعى (والمضمون على كل واحد منهما) أى المرتهنين (حصة دينه منها) : أى العين ؛ لأنه عند الهلاك يصير كل منهما مستوفياً حصته ، لأن الاستيفاء يتجزأ (فإن قضى) الراهن (أحدهما) أى المرتهنين (دينه كانت) العين (كلها

---

(١) أى اتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما العين عنده مدة معلومه .

رَهْناً فِي يَدِ الآخَرِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ ؛ وَمَنْ بَاعَ عَبْداً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ شَيْئاً بِعَيْنِهِ ، فَإِنِ امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنْ تَسْلِيمِ الرَّهْنِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، وَكَانَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِ الرَّهْنِ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ ، إِلا أَنْ يَدْفَعَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ حَالاً أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْناً مَكَانَهُ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ ،

رهناً فى يد الآخر حتى يستوفى دينه) ، لما مر أن العين كلها رهن فى يد كل منهما بلا تفرق .

(ومن باع عبداً على أن يرهنه المشترى بالثمن شيئاً بعينه) أو يعطى كفيلا كذلك حاضرا فى المجلس جاز ؛ لأنه شرط مُلائم للعقد ، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم الوجوب ، لكن لايلزم الوفاء به ؛ لعدم لزومه (فإن امتنع المشترى من تسليم الرهن) المشروط (لم يجبر عليه) : أى على تسليمه ؛ لعدم تمام الرهن ؛ لما مر من أن تمامه بالقبض (وكان البائع بالخيار : إن شاء رضى بترك الرهن ، و إن شاء فسخ البيع) لفوات الوصف المرغوب فيه (إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهناً مكانه) ، لأن يد الاستيفاء ثبتت على المعين وهو القيمة . قيد بالمعين لأنه إذا لم يكن المشروط رَهْنُه وكفالته معيناً يفسد البيع ، وقيدنا بحضور الكفيل بالمجلس لأنه إذا كان غائبا حتى افترقا فسد البيع . وتمامه فى البحر .

(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده) الكبير الذى فى عياله (وخادمه الذى فى عياله) لأنه إنما يحفظ عادة بهؤلاء ، وهذا لأن عينه أمانة فى يده ، فصار كالوديعة . هداية .

وَإِنْ حَفِظَهُ بِغَيْرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَوْدَعَهُ ضَمِنَ، وَإِذَا تَعَدَّى الْمُرْتَهِن فِي الرَّهْنِ ضَمِنَهُ ضَمَانَ الْغَصْبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ ، وَإِذَا أَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ فَقَبَضَهُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَرْجِعَهُ إِلَى يَدِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهُ عَادَ الضَّمَانُ ، وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ وَقَضَى الدَّيْنَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَبَ الْقَاضِي لَهُ وَصِيًّا وَأَمَرَهُ بِبَيْعِهِ ،

(وإن حفظه بغير من فى عياله) ولو ابنه أو أجيره[1] (أو أودعه) أو أعاره أو آجره (ضمن) ؛ لأن يده غير أيديهم ، فكان فى الدفع إليهم متعدياً .

(وإذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأنه بالتعدى صار غاصباً (وإذا أعار المرتهن الرهنَ الراهن فقبضه) الراهن (خرج) الرهن (من ضمان المرتهن) ؛ لأنه باستعارته وقبضه انتقض القبض الموجب للضمان (فإن هلك) الرهن (فى يد الراهن هلك بغير شىء) لتلفه فى يد مالكه (وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) ؛ لأن المرتهن بمنزلة المالك فى حق الحبس ، ولو مات الراهن والرهن فى يده عارية فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء (فإذا أخذه) المرتهن (عاد الضمان) لعود سببه وهو القبض[2] .

(وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن) لقيامه مقامه (وقضى) به (الدين ، فإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) ؛ لأن القاضى نُصِبَ ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم ، والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ماعليه ويستوفى ماله . هداية .

---

(١) الأجير الخاص ـ وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة ـ كولده الذى فى عياله .

(٢) مما يجب أن تعلمه أنه لايجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن استخداما إن كان مما يستخدم كالرقيق ، أو لبسا إن كان مما يلبس كالثياب ، أو إجارة إن كان مما يستأجر كالعقار والضياع ، وذلك لأن مقتضى الرهن الحبس للاستيفاء ، فلا يتضمن الانتفاع إلا بتسليط صاحبه وإذنه ، فإن انتفع فتلف كان متعديا ووجب عليه الضمان .

كتاب الحجر

الْأَسْبَابُ الْمُوجِبَةُ لِلْحَجْرِ ثَلَاثَةٌ : الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ ، وَالْجُنُونُ ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، وَلَا تَصَرُّفُ الْعَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ بِحَالٍ ،

كتاب الحجر

هو لغةً : المَنْعُ ، وشرعا : منع من نفاذ تصرف قولى[١] .

و (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر) لأنه إن كان غير مميز كان عديم العقل ، وإن كان مميزاً فعقله ناقص (والرق) لأنه وإن كان فيه أهلية لـكنه يحجر عليه رعاية لحق المَوْلَى ، كيلا تبطل منافع عبده بإيجاره نفسَهُ (والجنون)، لأنه إن كان عديم الإفاقة كان عديم العقل كالصبي الغير المميز ، وإن وجدت فى بعض الأوقات كان ناقص العقل .

(ولايجوز تصرف الصغير) الغير المميز مطلقا ، ولا المميز (إلا بإذن وليه) فإن أذن له وليه جاز تصرفه ، لأن إذن الولى آية أهليته ، ولولا أهليته لم يأذن له (ولا) يجوز (تصرف العبد إلا بإذن سيده) لأن مَنْعه لحقِّ المولى ، فإذا أذِنَ له فقد رضى بإسقاط حقه ، فيتصرف بأهليته إن كان بالغا عاقلا ، وإن كان صغيراً كان بمنزلة الحر الصغير (وَلا يجوز تصرف المجنون المغلوب على عَقْله بحال) : أى فى جميع الأحوال ، سواء كان بإذن الولىِّ أولا ، وأراد بالمغلوب الذى لا يفيق ؛

---

(١) الحجر ــ بفتح الحاء وسكون الجيم ــ المنع ، وفعله من باب دخل ، وهذه المادة على اختلاف ضبطها تدل لغة على المنع ، فالعقل سمى حجرا ــ بـكسر الحاء وسكون الجيم ــ لأنه يمنع صاحبه من ارتـكاب المفاسد ، والحطيم سمى حجرا لأنه منع من أن يدخل فى الحرم، وهكذا .

وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئاً أَوِ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ .

وهَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الْحَجْرَ فِي الْأَقْوَالِ دُونَ الْأَفْعَالِ ؛ فَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا ، وَلَا إِقْرَارُهُمَا ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عِتَاقُهُمَا ، وإِنْ أَتْلَفَا شَيْئاً لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ . وَأَمَّا الْعَبْدُ فَأَقْوَالُهُ نَافِذَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ غَيْرُ نَافِذَةٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ

وأما الذى يجن ويفيق فحكمه كمميز ، نهاية ومن باع من هؤلاء شيئاً) الإشارة إلى الصبى والعبد بطريق إطلاق الجمع على مافوق الواحد ، أو إلى الثلاث ويراد المجنون الذى يجن ويفيق ؛ بدليل قوله « وهو يعقل البيع » فإنه كالمميز كما مر (أو اشتراه وهو يعقل البيع) بأن يعلم أن البيع سالب والشراء جالب (ويقصده) بأن يكون غير هازل (فالولى بالخيار : إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه) ؛ لأن عقدهم ينعقد موقوفاً لاحتمال الضرر ، فإذا أجاز من له الإجازة فقد تعينت جهة المصلحة فنفذ .

(وهذه المعانى الثلاثة) المذكورة إنما (توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال) ؛ لأنها لا مَرَدَّ لها لوجودها حسا ومشاهدة ، بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع ، والقَصْدُ من شرطه ، إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ، فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون ، هداية .

(فالصبى والمجنون لا تصح عُقُودهما ، ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لعدم اعتبار أقوالهما (وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه) لوجود الإتلاف حقيقة ، وعدم افتقاره إلى القصد ، كما فى النائم إذا انقلب على مال فأتلفه لزمه الضمان .

(وأما العبد فأقواله نافذة فى حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذة فى حق مولاه) رعاية لجانبه ، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه ، وفى

فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ لَزِمَهُ فِي الْحَالِ ، وَيَنْفُذُ طَلَاقُهُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لاَ يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ إِذَا كَانَ بَالِغاً عَاقِلاً حُرًّا ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ ، وَإِنْ كَانَ مُبَذِّرًا مُفْسِدًا يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا لاَ غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلاَ مَصْلَحَةَ ، إِلاَّ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْساً وَعِشْرِينَ سَنَةً .

ذلك إتلاف لمال المولى (فأن أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وانتفاء المانع (ولم يلزمه فى الحال) ، لوجود المانع (وإذا أقر) العبد (بحد أو قصاص لزمه فى الحال) ، لأنه مُبَقًّى على أصل الحرية فى حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) ، لأنه أهل له ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه ، فينفذ .

(وقال أبو حنيفة : لا يحجر على السفيه) : أى الخفيف العقل المتلف لماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة (إذا كان) خاليا عما يوجب الحجر ، بأن كان (بالغاً عاقلا حرا ، وتصرفه فى ماله جائز) ، لوجود الأهلية (وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) ، لأن فى سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم ، وهو أشد ضرراً من التبذير ، فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على الطبيب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز ، إذ هو دفع الأعلى بالأدنى . هداية (إلا أنه قال) الإمام : (إذا بلغ الغلام غير رشيد) لإصلاح ماله (لم يسلم إليه ماله) أوائل بلوغه ، بل (حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة) ، لأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ ، وينقطع بتطاول الزمان ، وهذا بالإجماع كما فى الكفاية ، وإنما الخلاف فى تسليمه له بعد خمس وعشرين كما يأتى ، فلو بلغ مفسداً وحجر عليه أولا فسلمه إليه فضاع ضمنه الوصى ، ولو دفعه إليه وهو صبى مصلح وأذن له فى

فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْساً وَعِشْرِينَ سَنَةً سُلِّمَ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، فَإِنْ بَاعَ لَمْ يَنْفُذْ بَيْعُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الْحَاكِمُ ، وَإِنْ أَعْتَقَ

التجارة فضاع فى يده لم يضمن كما فى المنح عن الخانية ، وفى الولوالجية : كما يضمن بالدفع إليه وهو مفسد فـكذا قبل ظهور رشده بعد الإدراك . اه . وفى فتاوى ابن الشلبى وخير الدين الرملى : لا يثبت الرشد إلا بحجة شرعية . اه (وإن تصرف فيه) : أى فى ماله (قبل ذلك) المقدار المذكور من المدة (نفذ تصرفه) لوجود الأهلية (وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله ، وإن لم يؤنس منه الرشد) ، لأن المنع عنه بطريق التأديب ، ولا يتأدب بعد هذا غالبا ، ألا يرى أنه قد يصير جدًّا فى هذا السن ؟ فلا فائدة فى المنع ، فلزم الدفع ، قال فى التصحيح: واعتمد قوله المحبوبى وصدر الشريعة وغيرهم .

(وقالا : يحجر على السفيه ، ويمنع من التصرف فى ماله) نظراً إليه اعتباراً بالصبى ، بل أولى ، لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ، ولهذا منع عنه المال ، ثم هو لا يفيد بدون الحجر ، لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ، هداية . قال القاضى فى كتاب الحيطان : والفتوى على قولهما . قلت : هذا صريح ، وهو أقوى من الالتزام . اه ، تصحيح . قال شيخنا : ومراده أن ما وقع فى المتون من القول بعدم الحجر تصحيح بالالتزام ، وما وقع فى قاضيخان من التصريح بأن الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح ، فيكون هو المعتمد . اه . وفى حاشية الشيخ صالح ما نصه: وقد صرح فى كثير من المعتبرات بأن الفتوى على قولهما ، اه . وفى القهستانى عن التوضيح : أنه المختار ، قال فى المنح : وأفتى به البلخى وأبو القاسم ، وجعل عليه الفتوى مولانا فى بحره . اه (فإن باع) بعد الحجر (لم ينفذ بيعه) لوجود الحجر (وإن كان فيه) : أى بيعه (مصلحة أجازه الحاكم) نظراً له (وإن أعتق)

عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ وَكَانَ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ ، وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهُ ، فَإِنْ سَمَّى لَهَا مَهْراً جَازَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا وَ بَطَلَ الْفَضْلُ . وَقَالاَ فِيمَنْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ : لاَ يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّى يُؤْنَسَ مِنْهُ الرُّشْدُ ، وَلاَ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ ، وَيُنْفَقُ مِنْهُ عَلَى أَوْلاَدِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ ، فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الْإِسْلاَمِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا

المحجور عليه (عبداً) له (نفذ عتقه) ، لأن الأصل عندهما : أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ، ومالا فلا ، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل ، فيصح (وكان على العبد أن يسعى فى قيمته) لأن الحجر لأجل النظر ، وذلك فى رد العتق ، إلا أنه متعذر ، فيجب رده برد قيمته (وإن تزوج امرأة جاز نكاحه) ، لأنه لا يؤثر فيه الهزل ، ولأنه من حوائجه الأصلية (فإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها) ؛ لأنه من ضرورات النكاح (و يبطل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه ، ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف ، لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل ، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة ، هداية (وقالا) أيضاً (فيمن بلغ غير رشيد : لا يدفع إليه ماله أبداً) وإن بلغ خمسا وعشرين (حتى يؤنس منه الرشد) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقيت العلة كالصبا (ولا يجوز تصرفه فيه): أى فى ماله ، توفيراً لفائدة الحجر عليه ، إلا أن يكون فيه مصلحة فيجيزه الحاكم (وتخرج الزكاة من مال السفيه) ، لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى كالصوم ، إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة ، لكن يبعث معه أميناً كيلا يصرفه فى غير وجهه . هداية (وينفق منه على أولاده وزوجته و) كل (من تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه) ، لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه ، والإنفاق على ذوى الرحم واجب عليه حقا لقرابته ، والسفه لا يبطل حقوق الخلق (فإن أراد) أن يحج (حجة الإسلام لم يمنع منها)

وَلَكِنْ لاَ يُسَلِّمُ الْقَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيْهِ ، وَيُسَلِّمُهَا إِلَى ثِقَةٍ مِنَ الْحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ ، فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فِي الْقُرَبِ وَأَبْوَابِ الْخَيْرِ جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِ مَالِهِ

وَبُلُوغُ الْغُلَامِ بِالْاحْتِلَامِ وَالْإِحْبَالِ وَالْإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبُلُوغُ الْجَارِيَةِ بِالْحَيْضِ وَالْاحْتِلَامِ وَالْحَبَلِ ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا تَمَّ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا ،

لأنه واجب عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولـكن لا يسلم القاضى النفقة إليه ، و) إنما (يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه (فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله) ؛ لأن الوصية مأمور بها فلا يمنع منها ، ولأن الحجر كان نظراً له حالَ حياته ، والنظر فى اعتبار وصيته حال وفاته .

* * *

(وبلوغ الغلام بالاحتلام) فى النوم مع رؤية الماء (والإحبال ، والإنزال) فى اليقظة (إذا وطىء) والأصلُ هو الإنزالُ ، والإحبال دليله (فإن لم يوجد ذلك) المذكور (فحتى يتم له ثمانَ عشرةَ سنة) ويطعن فى التاسعة عشرة (عند أبى حنيفة . وبلوغ الجارية بالحيض ، والاحتلام ، والحبل) والإنزال ، ولم يذكره صريحاً لأنه قل ما يعلم منها . والأصلُ هو الإنزالُ والحيض والحبلُ دليله (فإن لم يوجد ذلك) المذكور (فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) وتطعن فى الثامنة عشرة ، عند أبى حنيفة أيضاً (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا تم للغلام والجارية خمس عشر سنة فقد بلغا) لأن العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر عن هذه المدة ، قال الإمام برهان الأئمة البرهانى والإمام النسفى وصدر الشريعة : وبه يفتى ،

وَإِذَا رَاهَقَ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ وَأَشْكَلَ أَمْرُهُمَا فِي الْبُلُوغِ وَقَالَا « قَدْ بَلَغْنَا » فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا ، وَأَحْكَامُهُمَا أَحْكَامُ الْبَالِغِينَ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ . وَإِذَا وَجَبَتِ الدُّيُونُ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالْحَجْرَ عَلَيْهِ لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ ، وإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الْحَاكِمُ ، وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَرَاهِمُ وَدَيْنُهُ دَرَاهِمُ قَضَاهَا الْقَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ ،

وقال الإمام أبو العباس أحمد بن على البعلبكى فى شرحه : وقولهما رواية عن أبى حنيفة ، وعليه الفتوى ، تصحيح (وإذا راهق الغلام والجارية) أى قاربا البلوغ (وأشكل أمرهما فى البلوغ) وعدمه (فقالا : قد بلغنا ، فالقول قولهما) لأنه معنى لا يُعرَف إلا من جهتهما ؛ فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض ، هداية . (وأحكامهما) بعد إقرارهما بالبلوغ (أحكام البالغين) قال أبو الفضل الموصلى : وأدنى مدة يصدَّقُ فيها الغلام على البلوغ اثنتا عشرة سنة ، والجارية تسع سنين ، وقيل غير ذلك ، وهذا هو المختار . تصحيح .

(وقال أبو حنيفة : لا أحجر) على المفلس (فى الدَّيْن) : أى بسبب الدين (وإذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه) : أى حبس المديون (والحجر عليه) عن البيع والشراء (لم أحجر عليه) ؛ لأن فى الحجر عليه إهدار أهليته ؛ فلا يجوز لدفع ضرر خاص ، أعنى ضرر الدائن ، وأُعتُرِضَ بالحجر على العبد لأجل المولى ، وأجيب بأن العبد أهدرت آدميته بسبب الكفر (وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لا عَن تراضٍ فيكون باطلا بالنص (ولكن يحبسه) الحاكم (أبداً حتى يبيعه) بنفسه (فى دَيْنه) : أى لأجل قضاء دينه ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه ، والمماطلة ظلم ؛ فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه ، وإيصالا للحق إلى مستحقه (فإن كان له دراهم ودينه دراهم قضاها القاضى بغير أمره) ؛ لأن مَنْ له دَيْن إذا وجد جنس حقه له أخذه من غير رضاه ،

وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ بَاعَهَا الْقَاضِي فِي دَيْنِهِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ الْمُفْلِسِ الْحَجْرَ عَلَيْهِ حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ مِنَ الْبَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ حَتَّى لَا يَضُرَّ بِالْغُرَمَاءِ ، وَبَاعَ مَالَهُ إِنِ امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهِ ، وَقَسَّمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ ، فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الْحَجْرِ بِإِقْرَارٍ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ . وَيُنْفَقُ عَلَى الْمُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ ، وَعَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ وَذَوِي أَرْحَامِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَهُوَ يَقُولُ لَا مَالَ لِي حَبَسَهُ الْحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ الْتَزَمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ

فدَفعُ القاضي أولى (وإن كان دينه دراهم وله دنانير) أو بالعكس (باعها القاضي في) : أي لأجل قضاء (دينه) وقضاها بغير أمره؛لأن الدراهم والدنانير متحدان جنساً في الثمنية والمالية حتى يضم أحدهما للآخر في الزكاة (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد : (إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي ومنعه من البيع) أي بأقل من ثمن المثل (والتصرف) بماله (والإقرار حتى لا يضر بالغرماء ، وباع) القاضي (ماله إن امتنع) المفلس (من بيعه) بنفسه (وقسّمه بين غرمائه بالحصص) على قدر ديونهم ، ويباع في الدين : النقود ، ثم العروض، ثم العقار، ويبدأ بالأيسر فالأيسر ؛ لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين، ويترك عليه دَسْتٌ من ثياب بدنه ، ويباع الباقي ؛ لأن به كفاية ، وقيل : دستان ؛ لأنه إذا غسل ثيابه لا بُدَّ له من ملبس . هداية (فإن أقر في حال الحجر بإقرار) لأحدٍ (لزمه ذلك) الإقرار (بعد قضاء الديون) ؛ لأنه تعلق بهذا المال حقُّ الأوَّلينَ ؛ فلا يتمكن من إبطاله بالإقرار لغيرهم ، وإن استفاد مالا بعد الحجر نفذ إقراره فيه ؛ لأن حقهم لم يتعلق به . جوهرة (وينفق على المفلس من ماله ، وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه) ؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، (وإذا لم يعرف المفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو):أي المفلس(يقول لامال لي حبسه الحاكم) ولم يصدَّق في قوله ذلك (في كل دين التزمه بدلاعن مال حصل

فِي يَدِهِ كَثَمَنِ مَبِيعٍ وَبَدَلِ الْقَرْضِ ، وَفِي كُلِّ دَيْنٍ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ ، وَلَمْ يَحْبِسْهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ كَعِوَضِ الْمَغْصُوبِ وَأَرْشِ الْجِنَايَاتِ إِلاَّ أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ لَهُ مَالاً ، وَإِذَا حَبَسَهُ الْقَاضِي شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً سَأَلَ الْقَاضِي عَنْ حَالِهِ : فَإِنْ لَمْ يَنْكَشِفْ لَهُ مَالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لاَ مَالَ لَهُ ، وَلاَ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الْحَبْسِ ، وَيُلاَزِمُونَهُ وَلاَ يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ

في يده) وذلك (كثمن مبيع و بدل القرض) لأن حصول ذلك في يده يدل على غناه؛فكان ظالما بالمَطْل (و) كذلك (في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأن التزام ذلك دليلٌ على ثروته وقُدْرته على أدائه (ولم يحبسه) ويصدَّقُ في دعوى الفقر (فيما سوى ذلك) وذلك (كعوض المغصوب وأرش الجنايات)؛لأن الأصل هو الإعسار ، فما لم يثبت خلافه لم يثبت ظلمه ، ومالم يثبت ظلمه لا يجوز حبسه ، ولذا قال : (إلا أن تقوم البينة أن له مالا) فحينئذ يحبسه ؛ لإثبات البينة خلافَ ما ادعاه (و إذا حبسه القاضي شهرين أو ثلاثة) أو أقل أو أكثر بحسب ما يراه الحاكم ، قال في التصحيح والهداية والمحيط والجواهر والاختيار وغيرها :الصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضي ؛ لاختلاف أحوال الناس فيه (سأل القاضي عن حاله) من جيرانه العارفين به (فإن لم ينكشف) : أى لم يظهر (له) أى للمحبوس (مال) وغلب على ظن القاضي أنه لو كان مال لَظَهر (خَلَّى سبيله) لوجوب النَّظِرَةِ إلى ميسرة (وكذلك إذا أقام) المفلس (البينة) بعد حبسه (أنه لا مال له) قبلت بينته رواية واحدة وخلى سبيله ، و إن أقامها قبل الحبس ففيها روايتان ، وعامة المشايخ على عدم القبول . جوهرة (ولا يحول) القاضي إذا خلى سبيل المديون (بينه و بين غرمائه بعد خروجه من الحبس ، و يلازمونه) كيلا يختفي (و) لكن (لا يمنعونه من التصرف) في البيع والشراء (والسفر) ولا يدخلون معه إذا دخل داره لحاجته ، بل يجلسون على بابه حتى يخرج ،

وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا فَلَّسَهُ الْحَاكِمُ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ إِلاَّ أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَدْ حَصَلَ لَهُ مَالٌ .

وَلاَ يُحْجَرُ عَلَى الْفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحاً لِمَالِهِ ، وَالْفِسْقُ الْأَصْلِيُّ وَالطَّارِىءُ سَوَاءٌ ، وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ابْتَاعَهُ مِنْهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِيهِ .

ولو اختار المطلوبُ الحبسَ والطالبُ الملازمةَ فالخيار للطالب . هداية (ويأخذون فضل كسبه ، ويقسم بينهم بالحصص) ؛ لاستواء حقوقهم فى القوة (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد : (إذا فلسه الحاكم حال بينه) : أى بين المديون (وبين غرمائه) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح؛ فتثبت العُسْرة ، ويَسْتحق النَّظِرَةَ، وعنده لا يتحقق القضاء بالإفلاس ؛ لأن المال غادٍ ورائح ، ولأن وقوف الشهود على المال لايتحقق إلا ظاهراً فيصلح للدفع ، لا لإبطال الحق فى الملازمة (إلا أن يقيموا) أى الغرماء (البينة أنه قد حصل له مال) لأن بينةَ اليسار تترجَّحُ على بينة الإعسار ؛ لأنها أكثر إثباتاً ؛ إذ الأصل العُسْرة .

* * *

(ولا يحجرُ على الفاسق إذا كان مصلحا لماله) لأن الحجر شُرِعَ لدفع الإسرف والتبذير ؛ والمفروض أنه مُصْلح لمالِهِ (والفسق الأصلى) بأن بلغ فاسقاً (والطارىء) بعد البلوغ (سواء) فى عدم جواز الحجر .

(ومن أفلس) أو مات (وعنده متاع لرجل بعينه) كان (ابتاعه منه وتسلّمه منه (فصاحب المتاع أسوة) لبقية (الغرماء فيه) لأن حقه فى ذمته كسائر الغرماء ، وإن كان قبل قَبْضه كان صاحبا أحق به وحبسه بثمنه .

كتاب الإقرار

إِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ ، مَجْهُولاً كَانَ مَاأَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُوماً ، وَيُقَالُ لَهُ : بَيِّنِ الْمَجْهُولَ ، فَإِنْ قَالَ « لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ » لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَالَهُ قِيمَةٌ ، وَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنِ ادَّعَى الْمُقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ

كتاب الإقرار

هو لغه : الاعتراف ، وشرعا: الإخبار بحق عليه،وهو حجة قاصرة على المقر .

(إذا أقر الحر) قيد به ليصح إقراره مطلقاً ؛ فإن العبد المحجور عليه يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق ، وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة (البالغ العاقل) ؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم ؛ لانعدام أهلية الالتزام ، إلا إذا كان الصبي مأذوناً ؛ لأنه مُلحَق بالبالغ بحكم الإذن (بحق لزمه إقراره) ؛ لثبوت ولايته (مجهولا كان ما أقربه أو معلوما) ؛ لأن جهالة المقَرّ به لا تمنع صحة الإقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولا : بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته ، أو بجرح جراحة لا يعلم أرْشَها ، أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه. والإقرار إخبارعن ثبوت الحق فيصح به ، بخلاف الجهالة في المقر له ؛ لأن المجهول لا يصلح مستحِقا (ويقال له) : أي للمقر (بين) ذلك (المجهول) ليتمكن من استيفائه ، فإن لم يبين أجبَره القاضي على البيان ؛ لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان .

* * *

(فإن قال لفلان عليّ شيء) أو حق (لزمه أن يبين ماله قيمة)؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، ومالا قيمة له لا يجب في الذمة،فإن بين غير ذلك يكون رجوعا،وليس له ذلك (والقول فيه) : أي في البيان (قوله مع يمينه إن ادعى المقَرُّ له أكثر من ذلك)

وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ مَالٌ » فَالْمَرْجِعُ فِي بَيَانِهِ إِلَيْهِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ ، فَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ مَالٌ عَظِيمٌ » لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ ، وَإِنْ قَالَ « دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ » لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ ، وَإِنْ قَالَ « دَرَاهِمُ » فَهِيَ ثَلَاثَةٌ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ كَذَا كَذَا دِرْهَمًا » لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ قَالَ « كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا » لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ،

الذى بيّنه ؛ لإنكاره الزائد (وإذا قال له علىّ مال فالمرجع فى بيانه إليه)؛ لأنه هو المجمِلُ (ويقبل قوله) فى البيان (فى القليل والكثير) ؛ لأن اسم المال ينطلق عليهما ، فإنه اسم لما يتموّلُ ، إلا أنه لا يصدق فى أقل من درهم ؛ لأنه لا يعد مالا عرفا (فإن قال) فى إقراره (له على مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لأنه أقر بمال موصوف ؛ فلا يجوز إلغاء الوصف ، والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا . هداية (وإن قال) له على (دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة دراهم) ؛ لأنها أقصى ما ينتهى إليه اسم الجمع ، يقال : عشرة دراهم ، ثم يقال : أحَدَ عَشَرَ درهما ، فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فيصرف إليه ، وهذا عند أبى حنيفة ، وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين ، وقال فى التصحيح: واعتمد قول الإمام النسفىُّ والمحبوبى وصدر الشريعة (وإن قال) له على (دراهم فهى ثلاثة) اعتبارا لأدنى الجمع (إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله (وإن قال) له على (كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لذكره عددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسَّر أحد عشر (وإن قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين درهما) ؛ لذكره عددين مجهولين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسَّر أحد وعشرون ؛ فيُحْمَلُ كلُّ وجهٍ على نظيره . ولو قال كذا درهما فهو درهم ، لأنه تفسير للمبهم ولو ثَلَّثَ « كذا » بغير الواو فأحد عشر ؛ لأنه لا نظير له ، وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون ، وإن ربَّع يزاد عليها ألف ، لأن ذلك نظيره . هداية .

وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي » فَقَدْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، وَإِنْ قَالَ « عِنْدِي » أَو « مَعِي » فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ ، وإِنْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ اتَّزِنْهَا أَوِ انْتَقِدْهَا أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا أَوْقَدْ قَضَيْتُكَهَا فَهُوَ إِقْرَارٌ ، وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الدَّيْنِ وَكَذَّبَهُ فِي التَّأْجِيلِ لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالاً ، وَيُسْتَحْلَفُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الْأَجَلِ ، وَمَنْ أَقَرَّ وَاسْتَثْنَى مُتَّصِلاً بِإِقْرَارِهِ صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ ، وَلَزِمَهُ الْبَاقِي ، سَوَاءٌ اسْتَثْنَى الْأَقَلَّ أَوِ الْأَكْثَرَ ،

(وإن قال) المقر : (له على أو قبلى فقد أقر بدين) ؛ لأن «علىّ» صيغة إيجاب و « قبلى » ينبىء عن الضمان ويصدَّقُ إن وصل به « هو وديعة » ، لأنه يحتمله مجازاً ، وإن فَصَل لا يصدق ، لتقرره بالسكوت .

(وإن قال) : له عندى ، أو معى) أو قال « فى بيتى » أو « فى كيسى » أو « فى صندوق » (فهو إقرار بأمانة فى يده) ؛ لأن كل ذلك إقرار بكون الشىء فى يده ، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة ، فيثبت أقلهما ، وهو الأمانة (وإذا قال له رجل : لى عليك ألف) درهم ، مثلا (فقال) المخاطب : (اتزنها أو انتقدها ، أو أجلنى بها ، أو قد قضيتكها ؛ فهو إقرار) له بها ؛ لرجوع الضمير إليها ، فكأنه قال : اتزن الألف التى لك علىّ ، وكذا انتقدها ، وأجلنى بها ، بها ، وقضيتكها ؛ لأن التأجيل إنما يكون فى حق واجب ، والقضاء يتلو الوجوب ولو لم يذكر الضمير لا يكون إقراراً ؛ لعدم انصرافه إلى المذكور ، فكان كلاما مبتدأ ، كما فى الهداية .

(ومن أقر بدين مؤجل فصدّقه المقر له فى الدين وكذبه فى) دعوى (التأجيل لزمه الدين) الذى أقر به (حالا) ولم يصدق فى دعوى التأجيل (و) لكن (يستحلف المقَرُّ له فى الأجل) لأنه منكر حقا عليه ، واليمين على المنكر .

(ومن أقر) بشىء (واستثنى) منه بعضه (متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى) ؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثُّنيا ، ولكن لابد من الاتصال لكونه مغايراً (وسواء استثنى الأقل أو الأكثر) قال فى الينابيع: والمذكور هو قول الإمام

فَإِنِ اسْتَثْنَى الْجَمِيعَ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا » أَوْ « إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ » لَزِمَهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوِ الْقَفِيزِ ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ » فَالْمِائَةُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَثَوْبٌ » لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ الْمِائَةِ إِلَيْهِ وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ « إِنْ شَاءَ اللَّهُ » مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِقْرَارُ ، وَمَنْ أَقَرَّ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ وَبَطَلَ الْخِيَارُ ، وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ

وعندهما إن استثنى الأكثر بطل استثناؤه ولزمه جميع ما أقر به ، وقال فى المحيط : هو رواية عن أبى يوسف ، ولذلك كان المعتمد ما فى الكتاب عند الكل ، تصحيح (فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء) ؛ لأن استثناء الجميع رجوع ، فلا يقبل منه بعد الإقرار (و إن قال له على مائة درهم إلا دينارا ، أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة) ما استثناه من (الدينار أو القفيز) قال الإسبيجابى : وهذا استحسان أخذ به أبو حنيفة وأبو يوسف ، والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر ، والصحيح جواب الاستحسان ، واعتمده المحبوبى والنسفى . كذا فى التصحيح

(وإن قال له على مائة ودرهم فالمائة كلها دراهم) ؛ لأن الدرهم بيان للمائة عادة ، لأن الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة ، وهذا فيما يكثر استعماله بكثرة أسبابه ، وذا فى المقدرات كالمكيلات والموزونات لأنها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا ، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن ، ولذا قال : (و إن قال « له على مائة وثوب » لزمه ثوب واحد ، والمرجع فى تفسير المائة إليه) لعطفه مفسرا على مبهم ، والعطف لم يوضع للبيان ، فبقيت المائة مبهمة ، فيرجع فى البيان إليه لأنه المبهم .

(ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الإقرار) ؛ لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عند محمد ، وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبى يوسف ؛ فكان إعداما من الأصل (ومن أقر بشرط الخيار لزمه الإقرار) لصحة إقراره (وبطل الخيار) ؛ لأنه للفسخ ، والإقرار لا يقبله (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه

فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ ، وَإِنْ قَالَ « بِنَاءُ هَذِهِ الدَّارِ لِي وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ » فَهُوَ كَمَا قَالَ ، وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالْقَوْصَرَّةُ ، وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً ، وَإِنْ قَالَ « غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ » لَزِمَاهُ جَمِيعًا ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ » لَزِمَاهُ وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ » لَمْ يَلْزَمْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ

فللمقر له الدار والبناء) جميعاً ؛ لأن البناء داخل فيه معنى لا لفظاً ، والاستثناء إنما يكون بما يتناوله الكلام نصا ؛ لأنه تصرف لفظي . والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار ؛ لأنه يدخل تبعاً لا لفظاً ، بخلاف ما إذا قال : إلا ثلثها ، أو إلا بيتاً منها ، لأنه داخل فيه لفظاً هداية (وإن قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ؛ فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان ، بخلاف ما إذا قال « مكان العرصه أرضاً » حيث يكون البناء المقر له ؛ لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ؛ لأن البناء تبع للأرض (ومن أقر بتمر في قوصرة) بتشديد الراء وتخفيفها — وعاء التمر يتخذ من القصب ، وإنما يسمى قوصرة مادام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل (لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله « غصبت تمراً في قوصرة » ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له ، وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف ؛ فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة ، والحنطة في الجوالق ، بخلاف ما إذا قال « غصبت تمرا من قوصرة » لأن كلمة « من » للانتزاع ؛ فيكون إقرارا بغصب المنزوع . هداية (ومن أقر بدابة في إسطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قياس قول محمد يضمنهما ، ومثله الطعام في البيت . هداية (وإن قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعاً) ؛ لأنه ظرف له ، لأن الثوب يلف به ، وكذا لو قال « ثوب في ثوب » (وإن قال له على ثوب في ثوب لزماه ، وإن قال له على ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا ثوب واحد) لأن العشرة لا تكون ظرفاً للواحد عادة ،

وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَلْزَمُهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْباً، وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ وَجَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمَ وَقَالَ: هِيَ زُيُوفٌ، وَإِنْ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ» يُرِيدُ الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ؛ لَزِمَهُ عَشَرَةٌ، وَإِنْ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ» لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ وَتَسْقُطُ الْغَايَةُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَلْزَمُهُ الْعَشَرَةُ كُلُّهَا، وَإِذَا قَالَ «لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ»

والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (وقال محمد : يلزمه أحد عشر ثوبا) ؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة ، فأمكن جعله ظرفا ، أو يحمل على التقديم والتأخير، فكأنه قال «عشرة أثواب فى ثوب» والثوب الواحد يكون وعاء للعشرة . والصحيح قولها ، وهو المعوَّلُ عليه عند النسفى والمحبوبى وغيرهما ، كما فى التصحيح (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بثوب معيب) يقول: إنه الذى غصبته (فالقول قوله فيه مع يمينه) ؛ لأن الغصب لا يختص بالسليم (وكذلك) القول قوله (لو أقر بدراهم) أنه اغتصبها أو أودعها (وقال) متصلا أو منفصلا : (هى زيوف) ، لأن الإنسان يغصب ما يجدُ ويودع ما يملك ؛ فلا مقتضى له فى الجياد ولا تعامل؛ فيكون بيانا للنوع . وعن أبى يوسف أنه لا يصدق مفصولا اعتباراً بالثمن ، كما يأتى قريبا (وإن قال: له علىَّ خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة) ، لأن الضرب لا يكثر المال ، وإنما يكثر الأجزاء (وإن قال : أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله ، لأن كلمة «فى» تستعمل بمعنى «مع» (وإن قال له على من درهم إلى عشرة) أو «ما بين درهم إلى عشرة» (لزمه تسعة عند أبى حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية) وهذا أصح الأقاويل عند المحبوبى والنسفى . تصحيح (وقالا : يلزمه العشرة كلها) لدخول الغاية ، وقال زفر : تلزمه ثمانية ، ولا تدخل الغايتان .

(وإذا قال: له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه) موصولا

فَإِنْ ذَكَرَ عَبْداً بِعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ : إِنْ شِئْتَ فَسَلِّمِ الْعَبْدَ وَخُذِ الْأَلْفَ ، وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ لَكَ ، وَإِنْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ » وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ [وَلَوْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ هَذَا الْعَبْدِ » لَمْ يلزَمْهُ حَتَّى يُسَلِّمَ الْعَبْدَ ، فَإِنْ سَلَّمَ الْعَبْدَ لَزِمَهُ الْأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْهُ لَمْ تَلْزَمْهُ] وَلَوْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ » لَزِمَهُ الْأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ ، وَلَوْ قَالَ « لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ وَهِيَ زُيُوفٌ » وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ « جِيَادٌ » لَزِمَهُ الْجِيَادُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ

بإقراره كما فى الحاوى (فإن ذكر عبداً بعينه) وهو بيد المقرّ له (قيل للمقرّ له : إن شئت فسلم العبد) إلى المقر (وخذ الألف) التى أقر بها ؛ لتصادقهما على البيع ، والثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة (و إلا فلا شىء لك) ؛ لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد ؛ فلا يلزمه دونه (و إن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف فى قول أبى حنيفة) ولا يصدق فى قوله « ماقبضت » وَصَلَ أم فَصَلَ ، لأنه رجوع ولا يملكه ، وقالا : إن وَصَل صُدِّق و إن فصَل لم يصدَّقْ ، واعتمد قوله البرهانى والنسفى وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلى . تصحيح (ولو قال له على ألف من ثمن خمر أو خنزير) أو حر أو ميتة أو مال قمار (لزمه الألف) المقرُّ بها (ولم يقبل تفسيره) عند أبى حنيفة ، وصل أم فصل ؛ لأنه رجوع ؛ لأن ثمن الخمر وما عطف عليه لا يكون واجبا ، وأول كلامه للوجوب . وقالا : إذا وصل لا يلزمه شىء ، لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد الإيجاب ، قال فى التصحيح : واعتمد قوله المذكورون قبله (ولو قال له على ألف من ثمن متاع) أو قرض (وهى زيوف، وقال المقرُّ له : جياد ، لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة) ؛ لأن هذا رجوع ، لأن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيوب ، والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ، وصار كما إذا قال « بعتكه معيباً » وقال المشترى « سليما » فالقول للمشترى ، وقالا : إن قال موصولا صدق ، و إن مفصولا لا يصدق . قال فى التصحيح : واعتمد قوله المذكورون قبله (ومن أقر لغيره

بِخَاتَمٍ فَلَهُ الْحَلْقَةُ وَالفَصُّ ، وَإِنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيْفٍ فَلَهُ النَّصْلُ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ فَلَهُ العِيدَانُ وَالْكِسْوَةُ ، وَإِنْ قَالَ « لِحَمْلِ فُلاَنَةَ عَلَيَّ أَلْفٌ » فَإِنْ قَالَ أَوْصَى بِهِ لَهُ فُلاَنٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ ، وَإِنْ أَبْهَمَ الْإِقْرَارَ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ،

بخاتم فله الحلقة والفص) بالفتح ويكسر - لأن اسم الخاتم يتناولهما (وإن أقر له بسيف فله النصل) أى : الحديدة (والجفن) القراب (والحمائل) جمع حمالة - بالكسر - العلاقة ؛ لأن اسم السيف ينطوى على الكل (وإن أقر) له (بحجلة) بحاء فجيم مفتوحتين - بيت يبنى للعروس يزين بالثياب والأسرة والستور (فله) أى : المقر له (العيدان) التى تبنى بها الحَجَلة (والكسوة) التى توضع على العيدان ؛ لأن اسم الحَجَلة يتناولهما .

(وإن قال : لحمل فلانة على ألف) درهم (فإن) بيّن سبباً صالحاً بأن (قال : أوصى له به فلان ، أومات أبوه فورثه) منه (فالإقرار صحيح) اتفاقا ، ثم إن جاءت به فى مدة يُعْلَم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه ، فإن جاءت به ميتاً فالمال للموصِى والمورِّث ، لأنه إقرار فى الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ، ولم ينتقل ، ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ، وإن بيّن سبباً مستحيلا - بأن قال : باعنى ، أوأقرضنى - فالإقرار باطل اتفاقاً أيضاً (وإن أبهم الإقرار) ولم يبين سببه (لم يصح عند أبى يوسف) وفى نسخة « أبى حنيفة » بدل « أبى يوسف » وقال محمد : يصح ؛ لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله ، وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ، ولأبى يوسف أن الإقرار مطلقهُ ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، فيصير كأنه صرح به ، هداية . قال فى التصحيح : وفى الهداية والأسرار وشرح الإسبيجابى والاختيار والتقريب ونظم الخلافيات ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ، وذكر فى النافع الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ، وذكر فى الينابيع قول أبى حنيفة مع أبى يوسف ، فقال : قال أبو حنيفة وأبو يوسف فى هذه المسألة : إن بَيَّنَ

وَإِذَا أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ صَحَّ الْإِقْرَارُ وَلَزِمَهُ ، وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِدُيُونٍ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ وَدُيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ فَدَيْنُ الصِّحَّةِ وَالدَّيْنُ الْمَعْرُوفُ بِالْأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ عَلَى غَيْرِهِ ،

المقرُّ جهة صالحةً كالإرث والوصية رجح إقراره ولزمه ، وإلا فلا، وقال محمد :صح إقراره سواء بين جهة صالحة أو أبهم ويحمل إقراره على أنه أوصَى به رجل أومات مورثه وتركه ميراثاً ، واعتمد قول أبي يوسف الإمامُ البرهاني والنسفي وأبوالفضل الموصلي وغيرهم ، وعلل الـكل لمحمد بالحمل على سبب صحيح وإن لم يذكره،فليحفظ هذا فإنه يقع إقرارات مطلقة عن السبب لايتصور أن يكون لها سبب صحيح شرعاً. اهـ (ولو أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح الإقرار ولزمهُ) المقر به ، سواء بين سبباً صالحاً أو أبهم ؛ لأن له وَجْهاً صحيحاً ـ وهو الوصية من جهة غيره ـ فيحمل عليه ، وهذا إذا عُلم وجودهُ وقت الوصية . جوهرة .

(وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون) وحَدُّه سيأتي في الوصايا[1] (وعليه ديون) لزمته (في صحته) سواء عُلم سَبَبُهُ أو بإقراره (و) عليه أيضا (ديون لزمته في مرضه)لـكن (بأسباب معلومة) كبدل مامَلـكه أو أهلـكه أومهر مثل امرأة نكحها (فدين الصحة والدَّين المعروف بالأسباب مقدم) على ماأقر به في مرضه؛لأن الإقرار لايعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك ، لأن حق غرماء الصحة تعلّقَ بهذا المال استيفاء،ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث،وإنما تقدم

---

(١) حد مرض الموت الذي تطبق عليه هذه الأحكام ونحوها مما يأتي في مباحث الطلاق ومباحث الوصايا وغيرها : أن يكون مما يمنع صاحبه من القيام بحاجاته كما يعتاده الأصحاء ، وأن يكون نفس المرض مما يخاف منه الهلاك غالبا ، وأن يتصل به الموت فعلا ، فهذه ثلاث صفات لابدمن تحققها كلها ، بحيث لو لم تتحقق واحدة منهن لم يعتبر المرض مرض موت ؛ فلو كان المرض يسيراً لا يمنع صاحبه من القيام بشؤون نفسه كما يعتاده الصحيح ، أو كان مما تغلب النجاة منه عادة ولومات منه فعلا ، أو كان مما يخاف منه الهلاك غالبا ولـكنه لم يمت فعلا ؛ فإنه لايعد مرض موت ، ومتى لم يعتبر مرض موت فإن تصرف المريض فيه كتصرف الصحيح في الصحة والنفاذ .

فَإِذَا قُضِيَتْ وفَضَلَ شَيْءٌ كَانَ فِيمَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالِ المَرَضِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ وَكَانَ المُقَرُّ لَهُ أَوْلَى مِنَ الوَرَثَةِ ، وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِوَارِثِهِ بَاطِلٌ إِلاَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيهِ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ ، وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ قَالَ هُوَ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ وَبَطَلَ إِقْرَارُهُ لَهُ ، وَلَوْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إِقْرَارُهُ لَهَا ، وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلاَثاً ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ وَمَاتَ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ ،

المعروفة الأسباب لأنه لا تُهَمَة فى ثبوتها، لأن المعاين لا مردَّ له، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض؛ لأن فى إيثار البعض إبطال حق الباقين إلا إذا قضى ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشتراه فيه (فإذا قضيت): أى ديون الصحة والديون المعروفة الأسباب (وفَضَل شىء) عنها (كان) ذلك الفاضل مصروفاً (فيما أقر به حال المرض) ؛ لأن الإقرار فى ذاته صحيح، وإنما رُدَّ فى حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته (وإن لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حَقِّ الغير (وكان المقر له أولى من الورثة) ؛ لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ (وإقرار المريض لوارثه) بدين أو عين (باطل) لتعلق حق الورثة بماله فى مرضه، وفى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين (إلا أن يصدِّقه فيه بقية الورثة) ؛ لأن المانع تعلُّقُ حقهم فى التركة، فإذا صدقوه زال المانع (ومن أقر لأجنبى فى مرضه ثم قال: هو ابنى) وصدقه المقر له، وكان بحيث يولد لمثله، كما يأتى قريباً (ثبت نسبه) منه وبطل إقراره له ، لأن دعوى النسب تستند إلى وقت العُلُوق، فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح (ولو أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) لأن الزوجية تقتصر على زمان التزوج؛ فبقى إقراره لأجنبية (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثاً) أو أقلّ بسؤالها (ثم أقر لها بدين ومات) وهى فى العدة (فلها الأقل من الدين) الذى أقر به (ومن ميراثها منه) لأنهما متهمان فى ذلك ، لجواز أن يكون توصُّلاً بالطلاق إلى تصحيح الإقرار، فيثبت أقل الأمرين. قيدنا بسؤالها

وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ وَصَدَّقَهُ الْغُلَامُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مَرِيضاً ، وَيُشَارِكُ الْوَرَثَةَ فِي الْمِيرَاثِ ؛ وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَى ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَى، وَلَا يُقْبَلُ بِالْوَلَدِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهَا قَابِلَةٌ ،

ودوام عدتها لأنه بغير سؤالها يكون فارا فلها الميرث بالغاً ما بلغ و يبطل الإقرار ، و إذا انقضت عِدَّتُها قبل موته ثبت إقراره ولا ميراث لها .

(ومن أقر بغلام) يعبر عن نفسه ، و (يولد مثله لمثله ، وليس له)أى الغلام (نسب معروف أنه ابنه وصَدَّقه الغلام) فى دعواه (ثبت نسبه ، وإن كان) المقرُّ (مريضاً،ويشارك) الغلام المقر له (الورثة فى الميراث) لأنه بثبوت نسبه صار كالمعروف النسب،فيشاركهم . وشرط كونه يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباظاهراً ، وأن لا يكون معروف النسب لأن معروف النسب يمتنع ثبوته من غيره،وشرط تصديقه لأنه فى يد نفسه إذ المسألة فى غلام يعبر عن نفسه، حتى لو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه لم يعتبر تصديقه .

(ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) ، لأنه إقرار بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل) إقرارها إذا كانت ذات زوج أو معتدة منه (بالولد) لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج؛لأن النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادتها) امرأة (قابلة) أو غيرها،لأن قول المرأة الواحدة فى الولادة مقبول،قال الأقطع:فتثبت الولادة بشهادتها،و يلتحق النسب بالفراش.اهـ قيدنا بذات الزوج أو المعتدة منه لأنها إذا لم تكن كذلك صح مطلقاً،وكذا إذا كانت كذلك وادعت أنه من غيره،قال فى الهداية:ولا بد من تصديق هؤلاء، يعنى الوالدين والولد والزوج والزوجة والمولى؛ لما مر أنهم فى أيدى أنفسهم، فيتوقف نفاذ

وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزوْجِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلى - مِثْلُ الْأَخِ وَالْعَمِّ - لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْمُقَرِّ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ الْمُقَرُّ لَهُ مِيرَاثَهُ ، وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ لَهُ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ ، وَيشَارِكُهُ فِي الْمِيرَاثِ .

كتاب الإجارة

الْإِجَارَةُ

الإقرار على تصديقهم ،وقدمنا أن هذا في غير الولد الذى لا يعبر عن نفسه،لأنه بمنزلة المتاع فلا يعتبر تصديقه .

(ومن أقر بنسب من غير) هؤلاء المذكورين من (الوالدين والولد والزوج والزوجة والمولى ، مثل الأخ والعم) والجد وابن الابن (لم يقبل إقراره فى النسب) وإن صدّقه المقرُّ له ، لأن فيه حمل النسب على الغير (فإن كان له) :أى المقر (وارث معروف) نسبه (قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرّ له) ؛ لأنه لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف النسب (وإن لم يكن له وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) ،لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث،فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) وإن صدقه (و)لكنه(يشاركه فى الميراث) لأن إقراره تضمن شيئين : حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه فلا يثبت ، والاشتراك فى المال ، وله فيه ولاية فيثبت .

كتاب الإجارة

(الإجارة) لغة : اسم للأُجرة،وهى كراء الأجير . وقد أجَرَهُ، إذا أعطاه أجرته، من بابى طلب وضرب، فهو آجِرٌ ، وذاك مأجور ، وتمامه فى المغرب، واصطلاحا:

عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ بِعِوَضٍ ، وَلا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلومَةً وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً،وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَناً فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي الإِجَارَةِ،وَالْمَنافِعِ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى وَالأَرَضِينَ لِلزِّرَاعَةِ ؛ فَيَصِحُّ العَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ ، وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْعَمَلِ وَالتَّسْمِيَةِ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلاً عَلَى صَبْغِ ثَوْبٍ أَوْ خِيَاطَتِهِ ،

(عقد على المنافع بعوض) وتنعقد ساعة فساعة ، على حسب حدوث المنفعة ، وأقيمت العين مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ، ثم عَمَلُه يظهر فى حق المنفعة .

(ولا تصح) الإجارة (حتى تكون المنافع معلومة والأجرة) أيضاً (معلومة) لأن الجهالة فى المعقود عليه وبدله تُفْضِى إلى المنازعة ، كجهالة الثمن والمثمن فى البيع .

* * *

(و) كل (ما جاز أن يكون ثمناً) : أى بدلا (فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الإجارة) ، لأن الأجرة ثمنُ المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ، ولا ينعكس ، لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا كما يأتى .

(والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة) : أى ببيان مدة الاستئجار (كاستئجار الدور) مدة معلومة (للسكنى ، و) استئجار (الأرضين للزراعة ؛ فيصح العقد على مدة معلومه أى مدة كانت) : أى طالت أو قصرت ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما ، إلا فى الأوقاف ، فلا تجوز الإجارة الطويلة فى المختار كيلا يَدَّعِىَ المستأجر ملكها - وهى مازاد على ثلاث سنين فى الضياع ، وعلى سنة فى غيرها - وعلى هذا أرض اليتيم . جوهرة (وتارة تصير) المنفعة (معلومة بالعمل) أى ببيان العمل المعقود عليه (والتسمية ، كمن استأجر رجلا على صبغ ثوب أو خياطته) وَبَيَّنَ الثوب

أَوِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَاراً مَعْلُوماً أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا ، وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلاً لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا ، وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ إِلاَّ الْحَدَّادَ وَالْقَصَّارَ وَالطَّحَّانَ ، وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ وَلاَ يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يُزْرَعُ فِيهَا أَوْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ يَغْرِسَ فِيهَا نَخْلاً أَوْ شَجَراً ، فَإِذَا .

ونون الصبغ وجنس الخياطة (أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً) قَدْرُه وجنسه (أو يركبها مسافة سماها) ببيان الوقت أو الموضع ،فلوخلاعنهمافهى فاسدة . بزازية (وتاره تصير) المنفعة (معلومة بالتعيين)للمعقود عليه (والإشارة)إليه(كمن استأجر رجلا على أن ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم)،لأنه إذا أراهماينقله والموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة .

(ويجوز استئجار الدور) جمع دار،وهى معلومة(والحوانيت)جمع حانوت،وهى الدكان،المعدة (للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها)،لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه (وله أن يعمل كل شيء)مما لا يضر بالبناء كما أشار إليه بقوله:(إلا الحدادوالقصار والطحان) ، لأن فى ذلك ضرراً ظاهراً ، لأنه يوهن البناء ويَضُرُّ به ؛ فلا يملكه إلا بالتسمية (ويجوز استئجار الأراضى للزراعة) ، لأنها منفعةمقصودة معهودة فيها (و) لكن (لايصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها) لأن مايزرع فيها متفاوت ،وبعضه يضر بالأرض،فلابد من التعيين كيلاتقع المنازعة (أو يقول : على أن يزرع فيها ماشاء) ؛ لأنه بالتفويض إليه ارتفعت الجهالة المُفْضِية إلى المنازعة (ويجوز أن يستأجر الساحة)بالحاءالمهملة ــ وهى الأرض الخالية من البناءوالغرس(ليبنى فيها) بناء (أو يغرس فيها نخلا أوشجرا) ، لأنها منفعة تقصد بالأراضى كالزراعة (فإذا

انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسَلِّمَهَا فَارِغَةً ، إِلاَّ أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعاً فَيَمْلِكَهُ أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ فَيَكُونَ الْبِنَاءُ لِهَذَا وَالْأَرْضُ لِهَذَا ، وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَهَا مَنْ شَاءَ ، وَكَذَلِكَ إِنِ اسْتَأْجَرَ ثَوْباً لِلُّبْسِ وَأَطْلَقَ ، فَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ ؛ كَانَ ضَامِناً إِنْ عَطِبَتِ الدَّابَّةُ أَوْ تَلِفَ الثَّوْبُ ؛

انقضت مدة الإجارة لزمه) أى المستأجر (أن يقلع البناء) الذى بناه (والغراس الذى غرسه، إن لم يرض المؤجر بتركها (ويسلمها) لصاحبها (فارغة لأنه لا نهاية لهما وفى إبقائهما إضراراً بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بَقْلٌ حيث يترك بأجر المثل إلى إدراكه، لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له): أى البانى والغارس (قيمة ذلك) البناء والغراس (مقلوعا فيملكه) وهذا برضا صاحب البناء والغرس، إلا إذا كانت تنقص الأرض بالقلع، فحينئذ يتملكها بغير رضاه . هداية (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) ، لأن الحق له، فله أن لا يستوفيه، والرَّطْبَة كالشجر لأنها لا نهاية لها (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنها منفعة معهودة (فإن أطلق الركوب) بأن قال «يركب من شاء» ـ وهو المراد بالإطلاق، لأنه يستأجر الدابة للركوب ويطلقه فإنه لا يجوز كما فى مسكين نقلا عن الذخيرة والمغنى وشرح الطحاوى ـ (جاز له أن يركبها من شاء) عملا بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل ، والناس يتفاوتون فى الركوب، فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك) الحكم (إن استأجر ثوباً للبس وأطلق) لتفاوت الناس فى اللبس أيضا (فإن) قيد: بأن (قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان) فخالف (فأركبها غيره أو ألبسه غيره): أى غير المشروط (كان ضامناً إن عطبت الدابة أو تلف الثوب) ، لأن الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس، فصح التعيين ، وليس له أن يتعدَّاه ، ولا أجر

وَكَذٰلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ الْمُسْتَعْمِلِ ، وَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لاَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ الْمُسْتَعْمِلِ فَلاَ يُعْتَبَرُ تَقْيِيدُهُ ، فَإِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ ، وَإِنْ سَمَّى نَوْعاً أَوْ قَدْراً يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ « خَمْسَةَ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ » فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَقَلَّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الْحِنْطَةِ كَالْمِلْحِ وَالْحَدِيدِ ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْناً سَمَّاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيداً ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلاً فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا ، وَلاَ يُعْتَبَرُ بِالثِّقَلِ ،

يلزمه لأنه لا يجتمع مع الضمان (وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل) لما تقدم (وأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل فلا يعتبر تقييده ؛ فإذا شرط) فى العقار (سكنى واحد) بعينه (فله أن يسكن غيره)، لأن التقييد غير مفيد، لعدم التفاوت، والذى يضر بالبناء خارج على ما تقدم (وإن سمى) المستأجر (نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل أن يقول) لأحملَ عليها (خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر) كالعدس والماش، لعدم التفاوت (أو أقل) ضررا (كالشعير والسمسم، لكونه خيراً من المشروط (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا به، والأصل : أن من استحق منفعةً مقدرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز، لدخوله تحت الإذن، ولو أكثر لم يجز، لعدم دخوله تحته (وإن استأجرها) أى الدابة (ليحمل عليها قطناً سماه) : أى سَمَّى قدره (فليس له أن يحمل مثل وزنه حديدا) ونحوه ؛ لأنه ربما يكون أضر على الدابة، فإن الحديد يجتمع فى موضع فى ظهره، والقُطن ينبسط عليه (وإن استأجرها): أى الدابة (ليركبها فأردف معه رجلا) بحيث يستمسك بنفسه والدابة تُطيق ذلك (فعطبت) الدابة (ضمن نصف قيمتها)، لأنها تلفت بركوبهما وأحدهما مأذون له دون الآخر (ولا يعتبر بالثقل)، لأن الرجال لا توزن، والدابة ربما يَعقِرُهَا جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل، فاعتبر عدد الراكب، ولم يعين الضامن ؛ لأن المالك بالخيار فى تضمين أيهما شاء، ثم إن ضمن

وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَاراً مِنَ الْحِنْطَةِ فَحَمَلَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ، وَإِذَا كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

الراكب فلا رجوع له على الرديف، وإن ضمن الرديف يرجع بما ضمن على الراكب إن كان مستأجراً منه، وإلا لا، ولم يتعرض لوجوب الأجر، والمنقول فى النهاية والمحيط أنه يجب جميع الأجر إذا هلكت بعد بلوغ المقصد مع تضمين النصف، لأن الضمان لركوب غيره، والأجر لركوبه، وقيد بكونها عطبت لأنها لو سلمت لا يلزمه غير المسمى كما فى غاية البيان، وقيد بالإرداف ليكون كالتابع، لأنه لو أقعده فى السرج صار غاصباً ولم يجب عليه شىء من الأجر، لأنه لا يجامع الضمان كما فى غاية البيان، وكذا لو حمله على عاتقه، لكونه يجتمع فى محل واحد فيشق على الدابة وإن كانت تطيق حملهما كما فى النهاية، وقيد بالرجل لأنه لو ركبها وحمل عليها شيئا ضمن قدر الزيادة، وهذا إذا لم يركب فوق الحمل، أما لو ركب فوق الحمل ضمن جميع القيمة كما ذكره خواهر زاده، وقيدنا بكونه يستمسك بنفسه لأن مالا يستمسك بنفسه بمنزلة المتاع يضمن بقدر ثقله كما فى الزيلعى، وبكونها تطيق ذلك لأنها إذا لم تطق يضمن جميع القيمة كما فى النسفى (وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة) مثلا (فحمل أكثر منه) من جنسه (فعطبت) الدابة (ضمن ما زاد الثقل)؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه، والسبب الثقل، فانقسم عليهما، إلا إذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها، لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن المعتاد، هداية، قيدنا بأنها من جنس المسمى، لأنه لو حمل جنساً غير المسمى ضمن جميع القيمة كما فى البحر (وإذا كبح الدابة) أى جذبها إليه (بلجامها أو ضربها) كبحاً وضرباً متعارفاً (فعطبت ضمن عند أبى حنيفة)، لأن الإذن مقيد بشرط السلامة، إذ يتحقق السَّوْقُ بدونهما، وإنما هما للمبالغة، فيتقيد بوصف السلامة. هداية. وفى الجوهرة: وعليه الفتوى، وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفاً؛ لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد، فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه.

وَالْأُجَرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ ، فَالْمُشْتَرَكُ : مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ ، وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ : إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَضْمَنُهُ ، وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقِ الْحَمَّالِ وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحِمْلَ وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهَا مَضْمُونٌ

قال فى التصحيح: واعتمد قوله الإمام المحبوبىُّ والنسفى ، لكن صرح الإسبيجابى والزوزنى أن قوله قياسٌ وقولها استحسانٌ ، اهـ . قيدنا بالكبح والضرب لأنه لا يضمن بالمُوثَق اتفاقا ، وقيدنا بكونه مُتَعَارَفا لأنه بغير المتعارف يضمن اتفاقا .

(والأجراء على ضربين) أى نوعين (أجير مشترك ، وأجير خاص ، فالمشترك من) يعمل لا لواحد، أو لواحد من غير توقيت ، ومن أحكامه أنه (لا يستحق الأجرة حتى يعمل) المعقودَ عليه ، وذلك (كالصَّبَّاغ والقَصَّار) ونحوهما (والمتاع أمانة فى يده: إن هلك لم يضمن شيئاً ، عند أبى حنيفة) وإن شرط عليه الضمان؛ لأن شرط الضمان فى الأمانة مخالف لقضية الشرع ، فيكون باطلا كما فى الذخيرة نقلا عن الطحاوى، وقالا : يضمنه إلا من شىء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر، ونقل فى التصحيح الإفتاء بقول الإمام عن عامة المعتبرات ، قال : واعتمده المحبوبى والنسفى ، وبه جزم أصحاب المتون، فكان هو المذهب ، اهـ . لكن قال فى الدر : وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة ، وقيل: إن كان الأجير مُصْلِحا لا يضمن، وإن بخلافه يضمن، وإن مستور الحال يؤمر بالصلح، عمادية . قلت: وهل يجبر عليه؟ حرر فى تنوير البصائر نعم ، كن تمت مدته فى وسط البحر أو البرية تبقى الإجارة بالجبر . اهـ (وماتلف بعمله كتخريق الثوب من دقِّه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مدها) : أى إجرائها (مضمون) عليه؛ لأن المأذون فيه ما هو داخل تحت العقد، وهو العمل الصالح، فلم يكن المفسد مأذونا فيه فيكون مضمونا عليه

إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ ، مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ لَمْ يَضْمَنْه ، وإِذَا فَصَدَ الْفَصَّادُ أَوْ بَزَغَ الْبَزَّاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عطب مِنْ ذَلِكَ . والْأَجِيرُ الْخَاصُّ: الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ ، وإِنْ لَمْ يَعْمَلْ ، كَمَنِ اسْتُؤْجِرَ شَهْراً لِلْخِدْمَةِ أَوْ لِرَعْيِ الْغَنَمِ .

(إلا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة) وإن كان بسَوْقه أو قوده ؛ لأن ضمان الآدمى لا يجب بالعقد ، بل بالجناية ، وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه (وإذا فصد الفصاد) بإذن المفصود (أو بزغ البزاغ) أى البيطار بإذن رب الدابة (ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك) لأنه لا يمكن الاحتراز عن السِّراية ؛ لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها ، ولا يعرف ذلك بنفسه ، فلا يمكن تقييده بالسلامة ، فسقط اعتباره ، إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله إذا لم يهلك ، وإذا هلك ضمن نصف الدية ، لأنه هلك بمأذون فيه وغير مأذون فيه ، فيضمن بحسابه ـ وهو النصف ـ حتى إن الختان لو قطع الحشفة وبرىء المقطوع تجب عليه دية كاملة ، لأن الزائل هو الحشفة ، وهو عضو كامل ، فتجب دية كاملة ، وإن مات يجب عليه نصف الدية . وهى من الغرائب ، حيث يجب الأكثر بالبرء والأقل بالهلاك . درر عن الزيلعى . قيدنا الفصد والبزغ بالإذن ، لأنه لو بغير الإذن ضمن مطلقا .

(والأجير الخاص) ـ ويسمى أجيرَ واحدٍ أيضا ـ هو (الذى) يعمل لواحد عملا موقتا بالتخصيص ، ومن أحكامه أنه (يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة) المعقود عليها (وإن لم يعمل) وذلك (كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعى الغنم) ؛ لأن المعقود عليه تسليم نفسه ، لا عمله ، كالدار المستأجرة للسكنى ، والأجر مقابل بها ، فيستحقه مالم يمنع من العمل مانع كمرض ومطر ونحوهما مما يمنع التمكن من العمل . ثم الأجير للخدمة أو لرعى الغنم إنما يكون خاصا إذا شرط عليه أن لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا ، كأن يستأجره شهراً ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فإنه أجير خاص بأول

وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ وَلاَ مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ .

وَالإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ البَيْعَ ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلخِدْمَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلاً لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلاً وَرَاكِبَيْنِ إِلَى مَكَّةَ جَازَ ، وَلَهُ المَحْمِلُ المُعْتَادُ ، وَإِنْ شَاهَدَ الجَمَّالُ المَحْمِلَ فَهُوَ أَجْوَدُ ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَ

الكلام ، وتمامه فى الدرر، وليس للخاص أن يعمل لغيره، ولو عمل نقص من أجرته بقدر ما عمل، فتاوى النوازل (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى يده) بأن سرق منه أو غصب لأنه أمانة فى يده، لأنه قبضه بإذنه (ولا ماتلف من عمله) العمل المعتاد: كتخريق الثوب من دقه ، لأن منافعه صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالصرف إلى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعله بنفسه، قيدنا العمل بالمعتاد لأنه لو كان غير معتاد بأن تعمد الفساد ضمن كالمودع .

* * *

(والإجارة تفسدها الشروط) المخالفة لمقتضى العقد (كما تفسد البيع) بذلك، لأن الإجارة بمنزلة البيع لأنها بيع المنافع .

(ومن استأجر عبدا للخدمة) وهو مقيم، ولم يكن معروفا بالسفر (فليس له أن يسافر به، إلا أن يشترط ذلك) فى عقد الإجارة ، لأن خدمة السفر أشق فلا تلزم إلا بالتزامه ، قيدنا بكونه مقيما لأنه إذا كان مسافرا له السفر به ، كما فى الجوهرة ، و بكونه غير معروف بالسفر لأنه إذا كان معروفا بالسفر له السفر به ، لأن المعروف كالمشروط (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا) ولو غير معين (وراكبين) معينين أو يقول : على أن أركب من أشاء (إلى مكة جاز) العقد استحسانا (وله المحمل المعتاد) لأن المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المعتاد، و يجعل المعقود عليه جملا فى ذمة المكارى، والإبل آلة، وجهالة الآلة لا تفسد (و إن شاهد الجمال المحمل فهو أجود) ، لأنه أنفى للجهالة (و إن استأجر

بَعِيراً لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَاراً مِنَ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فِى الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ ، وَالْأُجْرَةُ لاَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ ، وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلاَثَةٍ : إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ،وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَاراً فَلِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ إِلاَّ أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتَ الْاِسْتِحْقَاقِ بِالْعَقْدِ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيراً إِلَى مَكَّةَ فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ، وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْأُجْرَةِ حَتَّى يَفْرُغَ

بعيراً ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق جاز له أن يرد عوض ماأكل) من زاد ونحوه ، لأنه يستحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق؛ فله أن يستوفيه .

(والأجرة لاتجب بالعقد) فلا يجب تسليمها به (و) إنما (تستحق بأحد معان ثلاثه : إما بشرط التعجيل) وقت العقد ، لأنه شرط لازم (أو بالتعجيل من غير شرط) بأن يعطيه حالا ،فإنه يكون هو الواجب،حتى لايكون له الاسترداد(أو باستيفاء المعقود عليه) ، لأنها عقد معاوضة ، فإذا استوفى المنفعة استحق عليه البدل .

(ومن استأجر دارا)سنة مثلا بقدر معلوم من غير بيان وقت الاستحقاق(فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنها منفعة مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق فى العقد) لأنه بمنزلة التأجيل (و) كذا (من استأجر بعيرا إلى مكة)بقدر معلوم فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) ، لأن سير كل مرحلة منفعة مقصودة،وكان الإمام أولا يقول: لايجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر،لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها ، كما إذا كان المعقود عليه العمل ، ووَجْهُ المرجوع إليه أن القياس يقتضى استحقاق الأجرة ساعة فساعة لتتحقق المساواة،إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لايتفرغ لغيره فيتضرر به، فقُدِّر بما ذكرناه، هداية (وليس للقصار والخياط) ونحوهما (أن يطالب بالأجرة) أو بعضها (حتى يفرغ

مِنَ العَمَلِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَ التَّعجِيلَ ، وَمَنِ اسْتَأجَرَ خَبَّازاً لِيَخبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزَ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الأجْرَةَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ ، وَمَنِ اسْتَأجَرَ طَبَّاخاً لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَاماً لِلْوَلِيمَةِ فَالْغَرْفُ عَلَيْهِ ، وَمَنِ اسْتَأجَرَ رَجُلاً لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الأُجْرَةَ إذَا أقَامَهُ عِنْدَ أبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لاَ يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهُ ، وَإذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَمٍ ، وَإنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَبِدِرْهَمَيْنِ ، جَازَ ، وَأيَّ العَمَلَيْنِ عَمِلَ اسْتَحَقَّ الأجْرَةَ ،

من العمل) المعقود عليه ، لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر . (إلا أن يشترط التعجيل) ، لما مر أن الشرط فيه لازم (ومن استأجر خبازاً ليخبز له فى بيته) : أى بيت المستأجر (قفيز دقيق) مثلا (بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور)، لأن تمامه بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجرة له للهلاك قبل التسليم، و إن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر ولا ضمان عليه . هداية (ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) : أى على الأجير ، لجريان العرف بذلك (ومن استأجر رجلا ليضرب له لبناً) بكسر الباء (استحق الأجرة إذا أقامه) أى صار لبناً (عند أبى حنيفة) ؛ لأن العمل قد تم والتشريج عمل زائد كالنقل، ألا يرى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل، بخلاف ماقبل الإقامة، لأنه طين منتشر . هداية (وقالا: لا يستحقها): أى الأجرة (حتى يشرجه) أى يركب بعضه على بعض ، لأنه من تمام عمله، إذ لا يؤمن الفساد قبله ،فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذى يتولاه عرفا، وهو المعتبر فيما لم ينصّ عليه ، قال فى التصحيح : وقد اعتمد قول الإمام المحبوبىُّ والنسفى، وقال فى العيون : والفتوى على قولها ، قلت : كأنه لاتحاد العرف فيراعى إن اتحد. انتهى . (و إذا قال للخياط : إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم ، و إن خطته روميا فبدرهمين ، جاز) الشرطان (وأى العملين عمل استحق الأجرة) المشروطة، وكذا

وَإِنْ قَالَ : إِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَداً فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خَاطَهُ غَداً فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلاَ يَتَجَاوَزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّاراً فَبِدِرْهَمٍ فِي الشَّهْرِ ، وَإِنْ سَكَنْتَهُ حَدَّاداً فَبِدِرْهَمَيْنِ ، جَازَ ، وَأَيَّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَاراً كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ

إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن خيره بين أربعة لم يجز ، اعتباراً بالبيع ، فإنه إذا اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء جاز، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أثواب، ولا يجوز فى الأربعة فكذا فى الإجارة . نهاية (وإن قال : إن خطته اليوم فبدرهم ، وإن خطته غدا فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غدا) أو بعده (فله أجر مثله عند أبى حنيفة)؛لأن ذكر اليوم للتعجيل ، بخلاف الغد فإنه للتعليق حقيقة، وإذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان الوقت والعمل ، دون اليوم ، فيصح الأول ويجب المسمى فى اليوم ، ويفسد الثانى ويجب أجر المثل ، كما فى الهداية (ولا يتجاوز به نصف درهم) لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى وقد رضى به ، وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان) وقال زفر: الشرطان فاسدان، قال فى التصحيح: واعتمد قول الإمام فى الخلافيات المذكورة المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وأبو الفضل (وإن قال : إن سكنت فى هذه الدكان عطاراً فبدرهم فى الشهر ، وإن سكنت حداداً فبدرهمين جاز) الشرطان (وأى الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبى حنيفة) ، لأنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسألة الرومية والفارسية (وقالا : الإجارة فاسدة) لجهالة الأجرة ، لأنه لا يعلم أى العملين يعمل ، وتقدم فى التصحيح أن المعتمد فى الخلافيات المذكورة قول الإمام (ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد) لكونه معلوما (فاسدة فى بقية الشهور)

إلاّ أنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ ، وَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِى صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ [وَلَزِمَهُ ذَلِكَ الشَّهْرُ] وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْهَا إِلَى أَنْ يَنْقَضِىَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ يَسْكُنُ فِى أَوَّلِهِ، وَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ، وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ

لجهالتها ، والأصل أن كلمة « كل » إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد؛ لتعذر العمل بالعموم ، فكان الشهر الواحد معلومافصح العقدفيه ، فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء مدة العقد الصحيح (إلا أن يسمى جملة شهور) جملةً (معلومة) فيجوز ، لزوال المانع لأن المدة صارت معلومة (فإن سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه) : أى الشهر الثانى (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه منها إلى أن ينقضى) الشهر (وكذلك) حكم (كل شهر يسكن فى أوله) ساعةً ، لأنه تمّ العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى ، إلا أن الذى ذكره فى الكتاب هو القياس ، وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى من الشهر و يومها ، لأن فى اعتبار الأول بعض الحرج، هداية . وفى التصحيح: قال فى الجوهرة والتبيين: هذا قول البعض، أما ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الأولى من الشهر ويومها، و به يفتى، قال القاضى: و إليه أشار فى ظاهر الرواية، وعليه الفتوى . اه (و إذا استأجر داراً سنةً بعشرة دراهم) مثلا (جاز) وتقسّط على الأشهر بالسوية (و إن لم يسم قسط كل شهر من الأجرة) ، لأن المدة معلومة بدون التقسيم . ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى ، و إن لم يسم فمن وقت العقد ، ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة ، لأنها الأصل، و إن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام عند الإمام ، وقال محمد : الشهر الأول بالأيام ، والباقى بالأهلة ، وعن أبى يوسف روايتان .

(و يجوز أخذ أجرة الحمام) لتعارف الناس ، ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين، وقال

وَالْحَجَّام ، وَلاَ يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ ، وَلاَ يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ وَالْحَجِّ وَالْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ ، وَلاَ تَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ مِنَ الشَّرِيكِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ .

النبي صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» هداية (والحجام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام «احتجم وأعطى الحجّام الأجر» ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم ، هداية (ولا يجوز أخذ أجرة عَسْبِ التيس) أى ضِرَابه (ولا يجوز الاستئجار على) الطاعات، مثل (الأذان والإقامة والحج) و لإمامة وتعليم القرآن والفقه ،قال فى التصحيح : وهذا جواب المتقدمين، وأجازهُ المتأخرون ،فقال فى الهداية : و بعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن ،وعليه الفتوى، واعتمده النسفى، وقال فى المحيط: ولا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والإمامة والحج عنه، و بعض أصحابنا المتأخرين جوزوا ذلك ؛ لكسل الناس، ولحاجتهم. وفى الذخيرة : ومشايخ بَلْخَ جوزوا الاستئجار لتعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمى، و إذا كان بدون ذكر المدة أفتوا بوجوب أجرة المثل، و كذلك يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه، وقال صدر الشريعة: ولم يصح للعبادات كالأذان والإقامة وتعليم القرآن، ونفتى اليومَ بصحتها . اه (و) لا على المعاصى ، مثل (الغناء والنوح) وكذا سائر الملاهى ؛ لأنه استئجار على المعصية، والمعصية لا تستحق بالعقد.

(ولا تجوز إجارة المُشَاع) الأصلى ،سواء كان يقبل القسمة أولا (عند أبى حنيفة) لعدم القدرة على التسليم؛ لأن تسليم الشائع وحده لا يتصور (إلا من الشريك)؛ لحدوث المنفعة كلها على ملكه فلا شيوع، والاختلاف فى النسبة لا يضر ، هداية . وفى جامع الكرخى: نص أبو حنيفة أنه إذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبى فهو فاسد ،سواء فيما يقسم وما لا يقسم، اه. وكذا من أحد الشريكين كما فى العمادية (وقالا : إجارة المشاع جائزة) ؛ لأن له منفعة ،ولهذا يجب أجر المثل ،والتسليم ممكن

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا ، وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا ، فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا ، وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي المُدَّةِ بِلَبَنِ شَاةٍ فَلاَ أَجْرَ لَهَا ، وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ

بالتخلية أو بالتهايؤ ، فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين ، قال فى التصحيح : وفى الفتاوى الصغرى وتتمة الفتاوى والحقائق : الفتوى على قول أبى حنيفة ، واعتمده النسفى والمحبوبى وصدر الشريعة ، قال فى شرح الكنز : وفى المغنى : الفتوى فى إجارة المشاع على قولهما ، قلت : هو شاذ مجهول القائل ، فلا يعارض ما ذكرناه . اهـ. قيدنا الشيوع بالأصلى لأن الشيوع الطارىء لا يفسد اتفاقا ، وذلك كأن آجر الكل ثم فسخ فى البعض ، أو آجرا لواحد فمات أحدهما ، أو بالعكس .

(ويجوز استئجار الظئر) بالكسر والهمزة ــ المرضعة (بأجرة معلومة) لتعامل الناس ، بخلاف بقية الحيوانات ، لعدم التعارف (ويجوز) أيضاً (بطعامها وكسوتها) استحساناً عند أبى حنيفة ، وقالا : لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة ، وله أن الجهالة لا تُفضى إلى المنازعة ؛ لأن العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد (وليس المستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن ذلك حقه (فإن حبلت كان لهم) : أى أولياء الصغير (أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبى من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبى ، ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً (وعليها) أى الظئر (أن تصلح طعام الصبى) ، لأن العمل عليها . والحاصل أنه يعتبر فيما لا ينص عليه العرفُ فى مثل هذا الباب ؛ فما جرى عليه العرف من غسل ثياب الصبى وإصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر . هداية (وإن أرضعته فى المدة بلبن شاة فلا أجر لها) ؛ لأنها لم تأت بالعمل المستحق عليها ــ وهو الإرضاع ــ لأن إرضاعه بلبن الشاة إيجار وليس بإرضاع ، فاختلف العمل ، فلم يجب الأجر كما فى الهداية .

(وكل صانع لعمله أثر) بحيث يرى ويعاين (فى العين) وذلك (كالقصار

وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْ عَمَلِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَةَ ، وَمَنْ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ بِالْأَجْرَةِ كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ، وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ ، فَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ الْعَمَلَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَصَاحِبُ الثَّوْبِ فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً ، وَقَالَ الْخَيَّاطُ : قَمِيصاً ، أَوْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ

والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفى الأجرة)المشروطة؛ لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل، كما فى البيع، ولو حبَسه فضاع لاضمان عليه عند الإمام ؛ لأنه غير متعدٍّ فى الحبس ، فبقى أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له ؛ لهلاك المعقود عليه قبل التسليم (ومن ليس لعمله أثر) فى العين (فليس له أن يحبس العين) لأجل الأجرة ، وذلك (كالحمال) على ظهره أو دابة (والملاح) صاحب السفينة ، لأن المعقود عليه نفسُ العملِ ، وهو غير قائم فى العين ؛ فلا يتصور حبسه ، فليس له ولاية الحبس، وغسل الثوب نظير الحمل ، هداية . قال فى المجتبى : أى لتطهيره لا لتحسينه فليحفظ .

(وإذا اشترط) المستأجر (على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له) : أى الصانع (أن يستعمل غيره) ؛ لأنه لم يَرْضَ بعمل غيره (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) ؛ لأن المستحَقَّ عملٌ فى ذمته ، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره ، بمنزلة إيفاء الدين ، والعادة جارية أن الصناع يعملون بأنفسهم وبأجرائهم .

(وإذا اختلف الخياط وصاحب الثوب) فى صفة الصنعة المستأجر عليها أو فى قدر الأجرة (فقال صاحب الثوب : أمرتك أن تعمله قباء) بالفتح (وقال الخياط) : أمرتنى أن أعمله (قميصا) مثلا (أو قال صاحب الثوب للصباغ : أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر) وهو خلاف ما أمرتك، وقال الصباغ : بل أمرتنى بهذا الأصفر ، أوقال

فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ مَعَ يَمِينِهِ ،فإِنْ حَلَفَ فَالْخَيَّاطُ ضَامِنٌ ، وَ إِذَا قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ : عَمِلْتَهُ لِى بِغَيْرِ أُجْرَةٍ ، وَقَالَ الصَّانِعُ : بِأُجْرَةٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ حَرِيفاً لَهُ فَلَهُ الْأُجْرَةُ ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ حَرِيفاً لَهُ فَلاَ أُجْرَةَ لَه ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفاً بِهٰذِهِ الصَّنْعَةِ أَنْ يَعْمَلَ بِالأُجْرَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنَّهُ عَمِلهُ بِأُجْرَةٍ ،وَالْوَاجِبُ فِى الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ الْمِثْلِ لاَ يَتَجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى

صاحب الثوب : الأجرة عشرة ، وقال الأجير : عشرون (فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه) لأن الإذن مستفاد من جهته ، الا يرى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر صفته ، لكن يحلف ؛ لأنه أنكر شيئاً لو أقرّ به لزمه . هداية . (و إذا حلف فالخياط ضامن) ؛ لتصرفه فى ملك الغير بغير إذنه ، لكن صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضَمَّنه ، و إن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله(و إذا قال صاحب الثوب : عملته لى بغير أجرة ، وقال الصانع): عملتُه (بأجرة ، فالقول قول صاحب الثوب) أيضاً (مع يمينه عند أبى حنيفة) ؛ لأنه ينكر الضمان ، والصانع يدّعيه ، والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف : إن كان) صاحب الثوب (حريفاً) أى معاملا (له) : أى للصانع ، بأن كان بينهما معاملة من أخْذٍ و إعطاء (فله الأجرة) لأن سَبْقَ ما بينهما من المعاملة يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما ، هداية (و إن لم يكن حريفاً) له(فلاأجرة له . وقال محمد : إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة أَنْ يَعْمَل بِالأجرة) وقيام حاله بها (فالقول قوله بأنه عمله بأجرة) عملا بشهادة الظاهر ، قال فى التصحيح : ورجح دليل الإمام فى الهداية ، وأجاب على دليليهما ، واعتمده الإمام المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة ، وجعل خواهر زاده الفتوى على قول محمد . اه ، ونقله فى الدر عن الزيلعى .

(والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لايتجاوز به المسمى) لرضاهما به ،

وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا ، فإِن غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الأُجْرَةُ ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً يَضُرُّ بِالسُّكْنَى فَلَهُ الْفَسْخُ ، وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أو انْقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ أو انْقَطَعَ الماء عَنِ الرَّحَى انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ ،

وينقص عنه ؛ لفساد التسمية ، وهذا هو الفساد لشرطٍ فاسدٍ أو شيوع مع العلم بالمسمى، وإنْ لجهالة المسمّى أو عدم التسمية أصلا أو [كان] المسمّى خمراً أو خنزيراً وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، لعدم ما يرجع إليه .

(وإن قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكنها) ؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور ؛ فأقيم تسليم المحل مُقامه ؛ إذ التمكن من الانتفاع يثبت به ، وهذا لو الإجارة صحيحة ، أما في الفاسدة فلاتجب الأجرة إلا بحقيقة الانتفاع كما في العادية (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة)لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليمه المنفعةَ للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الأجر ، وإن وُجِدَ الغصب فى بعض المده يسقط بقدره ؛ إذ الانفساخ فى بعضها . هداية (وإن وَجَدَ) المستأجر (بها) أى الدار المستأجرةِ (عيباً يضر بالسكنى) بحيث لا تفوت به المنفعة كترك تطيينها وإصلاح منافعها (فله الفسخ) ؛ لأن المعقود عليه المنافع ، وإنها توجد شيئاً فشيئاً ، فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض ؛ فيوجب الخيار كما فى البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع ، وإن أزال المؤجر العيب بطل خيار المستأجر ، لزوال سببه (فإن) فاتت المنفعة بالكلية : بأن (خربت الدار)كلها (أوانقطع شرب الضيعة) : أى الأرض كله (أو انقطع الماء جميعُه (عن الرحى انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات قبل القبض ، فشابهَ فوتَ المبيع قبل القبض وموتَ العبد المستأجر ، ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا ينفسخ ، لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عَوْدها ، فأشبه

وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ ، وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَتَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ ، كَمَنِ اسْتَأْجَرَ دُكَّاناً فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ وَكَمَنْ أَجَّرَ دَاراً أَوْ دُكَّاناً ثُمَّ أَفْلَسَ وَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا مِنْ ثَمَنِ مَا آجَرَ فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدَّيْنِ ،

الإباق فى البيع ، هداية . ومثله فى شرح الأقطع ، ثم قال : والصحيح هو الأول ، وتبعه فى الجوهرة ، لكن عامة المشايخ على الثانى ، وهو الصحيح كما فى الذخيرة والتتارخانية والاختيار وغيرها ، وفى الغاية الاتقانى نقلا عن إجارات شمس الأئمة : إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ ، لكن سقط الأجر فسخ أولا .

(وإذا مات أحد المتعاقدين) عقد الإجارة (وقد) كان (عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة) ؛ لأنها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها إلى الوارث ، وهو لا يجوز درر (وإن) كان (عقدها لغيره) بأن كان وكيلا أو وصيا أو متوليا (لم تنفسخ الإجارة) لبقاء المستحق ، حتى لو مات المعقود له بطلت ، وتنفسخ بموت أحد المستأجرين أو المؤجرين فى حصته فقط ، وتبقى فى حصة الحى .

(ويصح شرط الخيار فى الإجارة) ؛ لأنه عقد معاوضة لا يلزم فيه القبض فى المجلس ؛ فجاز اشتراط الخيار كالبيع .

(وتنفسخ الإجارة بالأعذار) الموجبة ضرراً لم يستحق بالعقد، وذلك (كمن استأجر دكاناً فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله) أو طباخا ليطبخ للوليمة فاختلعت منه الزوجة ؛ لأن فى المضى عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكمن آجر داراً أو دكاناً ثم أفلس ولزمته ديون) بعيان أو برهان ، وكان (لا يقدر على قضائها إلا من ثمن ما آجر فسخ القاضى العقد) بينهما (وباعها فى الدين) أى : لأجل قضائه ، وفى قوله « فسخ القاضى » إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى فى النقض ،

وَكَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنَ السَّفَرِ فَهُوَ عُذْرٌ ، وَإِنْ بَدَا لِلْمُكَارِي مِنَ السَّفَرِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُذْرٍ .

كتاب الشفعة

الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ ، ثُمَّ لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ الْمَبِيعِ ، كَالشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ ، ثُمَّ لِلْجَارِ ، وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالْجَارِ

وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدَّيْن ، وقال فى الجامع الصغير : وكل ماذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضى ، ومنهم من فرق فقال : إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر ، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر [1] هداية (وكمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر فهو عذر) ؛ لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ؛ لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طلب غريم فيحضر ، أو التجارة فيفتقر (وإن بدا المكارى من السفر فليس ذلك بعذر) ؛ لأن خروجه غير مستحق عليه ، ويمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد أجيره ، ولو مرض المؤجر فقعد فكذا الجواب على رواية الأصل ، وروى الكرخى أنه عذر ؛ لأنه لايعرى عن ضرر ؛ فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ، هداية . قال فى الدر : وبالأول يفتى .

كتاب الشفعة

(الشفعة) لغةً : الضمُّ ، وشرعا : تملك العقار جبراً على المشترى بما قام عليه .

وهى (واجبة) أى ثابتة (للخليط) أى الشريك (فى نفس المبيع ثم) إذا لم يكن ، أو كان وسَلَّم - تثبت (للخليط فى حق المبيع كالشرب) أى : النصيب من الماء (والطريق) الخاصين (ثم) إذا لم يكونا ، أو كانا وسلما - تثبت (للجار) الملاصق ، ولو بابه فى سكة أخرى (وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار

---

(١) أى لكى يظهر العذر .

شُفْعَةٌ مَعَ الْخَلِيطِ ، فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِى الطَّرِيقِ ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الْجَارُ . وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ ، وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا الْمُشْتَرِى أَوْ حَكَمَ بِهَا حَاكِمٌ ، وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ أَشْهَدَ فِى مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ

شفعة مع الخليط) فى نفس المبيع ؛ لأن الاتصال بالشركة أقوى ؛ لأنه فى كل جزء (فإن سلم) الخليط فى نفس المبيع (فالشفعة للشريك فى) حق المبيع : من (الطريق) والشرب ، وليس للجار شفعة معه ؛ لأنه شريك فى المَرَافق (فإن سلم) الشريك فى حق المبيع (أخذها الجار) تقديماً للأخص فالأخص ؛ قيدنا الشرب والطريق بالخاصين لما فى الهداية ، ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشِّرْبُ خاصا ، حتى يستحق الشفعة بالشركة ؛ فالطريق الخاص : أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص : أن لا يكون تجرى فيه السفن ، وما تجرى فيه السفن فهو عام ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وعن أبى يوسف : الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت فى العليا فلأهل السكتين ، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق . اهـ . لكن قال شيخنا . وعامة المشايخ على أن الشركاء فى النهر إن كانوا يحصون فصغير ، وإلا فكبير ، كما فى الكفاية .

(والشفعة تجب بعقد البيع) : أى بعده ؛ لأنه هو السبب (وتستقر بالإشهاد) ولا بد من طلب المواثبة ، لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض ، ولا بد من الإشهاد والطلب ، ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى ، ولا يمكنه إلا بالإشهاد ، هداية .

(وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى) بالتراضى (أو حكم بها حاكم) ، لأن الملك للمشترى قد تم ؛ فلا تنتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو قضاء القاضى .

(وإذا علم الشفيع بالبيع) من المشترى أو رسوله أو عَدْلٍ أو عَدَدٍ (أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) وهو طلب المواثبة ، والإشهاد فيه ليس بلازم ؛ وإنما هو لنفى

ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ فَيُشْهِدُ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ أَوْ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ وَلَمْ تَسْقُطْ بِالتَّأْخِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الْإِشْهَادِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ

التجاحدِ ، والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ، قال في الهداية : اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب المواثبة ، وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغه البيع ، ولم يطالب بطلت شفعته ، حتى لو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته ، وعلى هذا عامة المشايخ ، وهو رواية عن محمد ، وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان في النوادر ، وبالثانية أخذ الكرخي ؛ لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ، اه . قال في الحقائق : والطلب على الفور ، هكذا روى عن أبي حنيفة ، وهو ظاهر المذهب ، وهو الصحيح ، تصحيح ، لكن ظاهر المتون وكافي الحاكم أن له مجلس العلم ، ولذا قال في الإيضاح : إنه الأصح ، فتنبه (ثم ينهض منه) : أي مجلسه بعد طلب المواثبة (فيشهد على البائع إن كان المبيع في يده) : أي لم يسلم إلى المشترى (أو) يشهد (على المبتاع) أي المشترى وإن لم يكن ذا يد لأنه مالك (أو عند العقار) ؛ لأن الحق متعلق به ، قيد الشهادة على البائع بما إذا كان العقار في يده لأنه إذا لم يكن ذا يد لم يصح الإشهاد عليه لخروجه عن أن يكون خصما إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي . وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك (فإذ فعل ذلك) المذكور (استقرت شفعته ولم تسقط) بعده (بالتأخير عند أبي حنيفة) وهو رواية عن أبي يوسف ؛ لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط ، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ، هداية . قال في العزمية : وقد رأيت فتوى المولى أبي السعود على هذا القول (وقال محمد : إن تركها شهراً بعد الإشهاد) من غير عذر (بطلت شفعته) ؛ لأنه لو لم تسقط بتأخير الخصومة أبداً يتضرر به المشترى ؛ لأن لا يمكنه التصرف حذر نقضه من جهة الشفيع ، فقدرناه بشهر ؛ لأنه آجل وما دونه عاجل . هداية . قال في التصحيح — بعدما نقل

وَالشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِى الْعَقَارِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ، وَلَا شُفْعَةَ فِى الْعُرُوضِ وَالسُّفُنِ

عبارة الهداية من أن قول أبى حنيفة هو ظاهر المذهب وعليه الفتوى - قلت : واعتمده النسفى كذلك، لكن صاحب الهداية خالف هذا فى مختارات النوازل، فقال : وعن محمد إذا تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت شفعته، وهو قول زفر، والفتوى على قوله ، اهـ. قلت : وقد وقع نظير ذلك للحسام الشهيد فقال فى الواقعات : لا تبطل أبداً ، و به نأخذ ، وقال فى الصغرى : والفتوى اليوم على قولهما، فيحمل على الرجوع إلى هذا ، والله أعلم . ثم نقل الإفتاء به عن قاضيخان والذخيرة وشيخ الإسلام والخلاصة والمحيط والاختيار والتتمة والتحفة والمجتبى وصدر الشريعة، اهـ. وفى الجوهرة : وقال فى المستصفى : والفتوى على قول محمد ، اهـ . وفى الشرنبلالية عن البرهان : إنه أصح ما يفتى به، ثم قال: يعنى به أصح من تصحيح الهداية والكافى ، وتمامه فيها ، وعزاه فى القهستانى إلى المشاهير كالمحيط والخلاصة والمضمرات وغيرها ، ثم قال : فقد أشكل ما فى الهداية والكافى . اهـ . وقال فى شرح المجمع : وفى الجامع الخانى : والفتوى اليوم على قول محمد ؛ لتغير أحوال الناس فى قصد الإضرار، اهـ وقد سمعت ما مر عن الحسام الشهيد من قوله : والفتوى اليوم على قولهما، وقال العلامة قاسم : فيحمل على الرجوع إلى هذا، و به ظهر أن إفتاءهم بخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمن فيترجح على ظاهر الرواية ؛ و إن كان مصححاً أيضا كما هو مقرر .

(والشفعة واجبة فى العقار) وما فى حكمه كالعلو و إن لم يكن طريقه فى السفل ؛ لأنه التحق بالعقار بما له من حق . درر (و إن كان) العقار (مما لا يقسم) لوجود سببها، وهو الاتصال فى الملك، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار ، وهو ينتظم القسمين (ولا شفعة فى) المنقول مثل (العروض والسفن) ؛ لأنها إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار، وهو على الدوام، والملك المنقول لا يدوم حسب دوامه فى العقار، فلا يلحق به. هدايه، ثم قال : وفى بعض نسخ المختصر «ولا شفعة فى البناء، والنخل إذا بيعت دون العرصة» وهو صحيح مذكور فى الأصل ، لأنه لا قرار له فكان نقليا ، وهذا بخلاف العلو ، حيث يستحق

وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ ، وَإِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَلا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالِعُ الْمَرْأَةَ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ يُعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ ، فَإِنْ صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ وَجَبَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ

بالشفعة ، و يستحق به الشفعة فى السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار . هـ . قيَّدبما إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه إذا كان طريق العلو فيه يكون شريكا فى الطريق .

(والمسلم والذمى فى) استحقاق (الشفعة سواء) لأنهما مستويان فى السبب والحكمة ؛ فيستويان فى الاستحقاق .

(و إذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك المشترى صورة أو قيمة ، هداية . وعبر بالملك دون البيع ليعم الهبة بشرط العوض لأنها مبادلة مال بمال ، ولما كان التعبير بالملك يعم الأعواض المالية وغيرها احترز عن الأعواض التى ليست بمال فقال : (ولا شفعة فى الدار) (التى يتزوج الرجل عليها ، أو) الدار التى (يخالع المرأة بها ، أو يستأجر بها داراً) أو غيرها (أو يصالح بها عن دم عمد ، أو يعتق عليها عبداً) ؛ لأن الشفعة إنما تجب فى مبادلة المال بالمال ، وهذه الأعواض ليست بمال ؛ فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع ، قيد الصلح عن الدم بالعمد لأن الخطأ عوضه مال فتجب فيه الشفعة (أو يصالح عليها بإنكار أو سكوت) قال فى الهداية : هكذا ذكر فى أكثر نسخ المختصر ، والصحيح «عنها» مكان «عليها» لأنه إذا صالح عنها بإنكار يزعم أنها لم تزل عن ملكه و إنما افتدى يمينه (فإن صالح عنها بإقرار وجبت فيها الشفعة) ؛ لأنه معترف بالملك للمدعى و إنما استفاده بالصلح ، وهو مبادلة مالية ، أما إذا صالح عليها بإقرار أو

وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى الْقَاضِي فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. فَإِنِ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الَّذِي يَشْفَعُ بِهِ، وَإِلَّا كَلَّفَهُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْبَيِّنَةِ اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا تَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشْفَعُ بِهِ، فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ سَأَلَهُ الْقَاضِي: هَلِ ابْتَاعَ أَمْ لَا؟ فَإِنْ أَنْكَرَ الِابْتِيَاعَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ أَقِمِ الْبَيِّنَةَ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا ابْتَاعَ أَوْ بِاللَّهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ فِي هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ،

سكوت أو إنكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك ؛ لأنه أخذها عوضاً عن حقه فى زعمه إذا لم يكن من جنسه ؛ فيعامل بزعمه ، هداية .

(وإذا تقدم الشفيع إلى القاضى) ليأخذ بالشفعة (فادعى الشراء) للدار المشفوعة (وطلب الشفعة) أى : أخذَها بالشفعة (سأل القاضى المدعى عليه) عن مالكية الشفيع لما يشفع به (فإن اعترف بملكه الذى يشفع به) فيها (وإلا) أى : وإن لم يعترف له بملكه الذى يشفع به (كلّفه) القاضى (إقامة البينة على ملكه) ؛ لأن ظاهر اليد لا يكفى لإثبات الاستحقاق (فإن عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما تعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به) ؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، ثم هو استحلاف على ما فى يد غيره فيحلف على العلم . هداية (فإن نكل) المشترى عن اليمين (أو قامت للشفيع بينة) ثبت ملكه فى الدار التى يشفع بها ، وثبت حق الشفعة ؛ فبعد ذلك (سأله القاضى) أى : سأل المدَّعَى عليه أيضاً (هل ابتاع) أى : هل اشترى الدار المشفوعة (أم لا ؟ فإن) أقر فبها، وإن (أنكر الابتياع قيل للشفيع : أقم البينة) على شرائه ؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع ، وثبوته بالحجة (فإن عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع هذه الدار ، أو بالله ما يستحق علىّ فى هذا الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فيحلف على البَتَاتِ ؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه وما فى يده أصالة ، وفى مثله يحلف على البتات ، هداية. فإن نكل عن اليمين أو أقر أو بَرْهَنَ الشفيع قضى

وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فى الشُّفْعَةِ ، وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إلى مَجْلِسِ القَاضِى ، فإذا قَضَى القَاضِى لهُ بالشُّفْعَةِ لزِمَهُ إحْضَارُ الثَّمَن ، ولِلشَّفِيعِ أَنْ يَرُدَّ الدَّارَ بخيَارِ العَيْبِ والرُّؤْيَةِ ، فإنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ والمبِيعُ فى يَدِهِ فلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فى الشُّفْعَةِ ، ولا يَسْمَعُ القَاضِى البيِّنَةَ حتّى يَحْضُرَ المُشْتَرى ، فَيَفْسَخُ البَيْعَ بمشْهَدٍ مِنْهُ ، ويَقْضِى بالشُّفْعَةِ عَلَى البائِعِ ، ويَجْعَلُ العُهدَةَ عَلَيْهِ ، وإذا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ وهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذلِكَ

بالشفعة إن لم ينكر المشترى طلب الشفيع الشفعة ؛ فإن أنكر فالقول له بيمينه در عن ابن الكمال .

(وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضى) ؛ لأنه لاثمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لايشترط تسليمه ؛ فكذا لايشترط إحضاره (وإذا قضى القاضى له بالشفعة لزمه إحضار الثمن) هذا ظاهر رواية الأصل ؛ وعن محمد أنه لايقضى حتى يحضر الشفيع الثمن ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة. هداية . قال فى التصحيح : واعتمد ظاهر الرواية المصنفون ، واختاروهُ للفتوى .

(وللشفيع أن يرد لدار) المأخوذة بالشفعة (بخيار العيب ، و) خيار (الرؤية) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ؛ فيثبت فيها الخياران كما فى الشراء .

(وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده) لم يسلمه للمشترى (فله) : أى الشفيع (أن يخاصمه) : أى البائع (فى الشفعة) لأن اليدَ له (و) لكن (لا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه) أى : المشترى ، لأنه المالك (ويقضى بالشفعة على البائع) حتى يجب عليه تسليم الدار (ويجعل العهدة عليه) أى : على البائع ، عند الاستحقاق ، وهذا بخلاف ما إذا قبض المشترى المبيع فأخذه الشفيع من يده ، حيث تكون العهدة عليه ، لأنه تمَّ ملكه بالقبض . هداية .

(وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم) بالبيع (وهو يقدر على ذلك) الإشهاد ،

بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي المَجْلِسِ وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى أَحَدِ المُتَبَايِعَيْنِ وَلاَ عِنْدَ الْعَقَارِ ، وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ أَخَذَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وَيَرُدُّ العِوَضَ ، وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَسْقُطْ ، وَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالشُّفْعَةِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَكَانَ هُوَ الشَّفِيعَ فَلاَ شُفْعَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ ضَمِنَ الدَّرَكَ عَنِ البَائِعِ الشَّفِيعُ ، وَوَكِيلُ المُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ ،

بخلاف ما إذا أخذ على فمه أو كان فى صلاة (بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب ، وهو إنما يتحقق حالة الاختيار ، وهو عند القدرة (وكذلك إن أشهد فى المجلس ولم يشهد على أحد المتابعين ولا عند العقار) كما مر (وإن صالح من) حق (شفعته على عوض أخذه) أو باعه إياه (بطلت الشفعة) لوجود الإعراض (ويرد العوض) ؛ لبطلان الصلح والبيع ؛ لأنها مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ؛ لأنه رشوة .

(وإذا مات الشفيع) بعد بيع المشفوع وقبل القضاء بالشفعة (بطلت شفعته)؛ لأن بالموت يزول ملكه عن داره ، ويثبت الملك للوارث بعد البيع ، وقيام الملك من وقت البيع إلى وقت القضاء شرط فتبطل بدونه ، قيدنا موته بما بعد البيع وقبل القضاء لأن البيع إذا كان بعد الموت ثبتت الشفعة للوارث ابتداء ، وإن كان الموت بعد القضاء ولو قبل نقد الثمن فالبيع لازم للورثة (وإن مات المشترى لم تسقط) الشفعة ، لأن الحق لا يبطل بموت مَنْ عليه كالأجل (فإن باع الشفيع ما) أى ملكه الذى (يشفع به) من غير خيار له (قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) ، لأن سبب الأخذ بها — وهو الجوار — قد زال . قيدنا بعدم الخيار له لأنه لو باع بشرط الخيار له لا تبطل ؛ لبقاء السبب (ووكيل البائع إذا باع وكان هو الشفيع فلا شفعة له ، وكذلك إن ضمن الدرك عن البائع الشفيع) ؛ لأنه يسعى فى نقض ما تم من جهته (ووكيل المشترى إذا ابتاع) أى : اشترى لموكله (فله الشفعة) ، لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بها ، لأنها مثل الشراء.

وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَلا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ ، فإنْ أَسْقَطَ الخِيارَ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ، وَمَنِ اشْتَرَى بِشَرْطِ الخِيَارِ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ، وَمَنِ ابْتَاعَ دَاراً شِرَاءً فَاسِداً فَلا شُفْعَةَ فِيهَا، فإنْ سَقَطَ الفَسْخُ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ، وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ دَاراً بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ ، وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِماً أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، وَلا شُفْعَةَ فِي الهِبَةِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ .

(ومن باع بشرط الخيار) له) فلا شفعة للشفيع ؛ لأنه يمنع زوال الملك (فإن أسقط)البائع (الخيار وجبت الشفعة) ؛ لزوال المانع عن الزوال ، و يشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح ؛ لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ، هداية . (ومن اشترى بشرط الخيار) له (وجبت الشفعة) ؛ لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق ، والشفعة تبتنى عليه كما مر .

(ومن ابتاع) أى : اشترى (داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، و بعد القبض لاحتمال الفسخ ، وحقُّ الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد ، فلا يجوز (فإن سقط الفسخ) بوجه من الوجوه (وجبت الشفعة) لزوال المانع .

(و إذا اشترى ذمى) من ذمى (داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أخذها الشفيع بمثل الخمر وقيمة الخنزير) ؛ لصحة هذا البيع فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمى ، والخمر لهم كالخل لنا ،والخنزير كالشاة ، قيدنا الشراء بكونه من ذمى لأنه لو كان من مسلم كان البيع فاسداً ، فلا تثبت به الشفعة (و إن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وأما الخمر فلمنع المسلم عن التصرف فيه ، فالتحق بغير المثلى .

(ولا شفعة فى الهبة) ؛ لأنها ليست بمعاوضة مال بمال (إلا أن تكون بعوض مشروط) ؛ لأنه بيع انتهاء ، ولابد مِنَ القبض من الجانبين ،وأن لايكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ؛ لأنه هبة إبتداء كما سيجىء .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَإِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا أَكْثَرَ وَادَّعَى الْبَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ ، وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنِ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أَخَذَهَا بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي ، وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ الْبَائِعِ ، وَإِذَا حَطَّ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ سَقَطَ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ ، وَإِنْ

(وإذا اختلف الشفيع والمشترى فى) مقدار (الثمن فالقول قول المشترى) ، لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل ، والمشترى ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، ثم الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بما قال المشترى ، وإن شاء ترك ، وهذا إذا لم تقم للشفيع بينة ، فإن أقام بينة قُضِيَ له بها (فإن أقاما) أى : كل من الشفيع والمشترى (البينة) على دعواه (فالبينة) المقبولة (بينة الشفيع) أيضاً (عند أبى حنيفة ومحمد) لأن بينته ملزمة ، وبينة المشترى غير ملزمة ، والبينات للالزام ، وقال أبو يوسف : البينة للمشترى ، لأنها أكثر إثباتا ، قال فى التصحيح : ورجح دليلهما فى الشروح ، واعتمده المحبوبى والنسفى وأبو الفضل الموصلى وصدر الشريعة (وإذا ادعى المشترى ثمناً أكثر وادعى البائع) ثمنا (أقل منه) أى من الثمن الذى ادعاه المشترى (و) كان البائع (لم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع) لأن القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته (وكان ذلك حطا عن المشترى) وهو يظهر فى حق الشفيع كما يأتى قريباً (وإن كان) البائع (قبض الثمن أخذها) الشفيع (بما قال المشترى) أو ترك (ولم يلتفت إلى قول البائع) ؛ لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين ، وصار كالأجنبى ، وبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى ، وقدمر (وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك) المحطوط (عن الشفيع) ؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر فى حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقى ، وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر . هداية (وإن

حَطُّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ ، وَإِذَا زَادَ الْمُشْتَرِى الْبَائِعَ فِى الثَّمَنِ لَمْ تَلْزَمِ الزِّيَادَةُ الشَّفِيعَ ، وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ ، وَلاَ يُعْتَبَرُ اخْتِلاَفُ الْأَمْلاَكِ ، وَمَنِ اشْتَرَى دَاراً بِعَرْضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ ، وإِذَا بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيمَةِ الْآخَرِ

حط) البائع عن المشترى (جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) منه شيء ؛ لأن حط الكل لايلتحق بأصل العقد؛ لعدم بقاء مايكون ثمناً كما مر فى البيع(و إذا زاد المشترى البائع فى الثمن لم تلزم) تلك (الزيادة الشفيع) لأن فى اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع؛ لاستحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الحط ؛ لأن فيه منفعة له ، ونظير الزيادة إذا جدّد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع،حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول . هداية .

(و إذا اجتمع الشفعاء) وتساووا فى سبب الاستحقاق (فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم) ؛لاستوائهم فى سبب الاستحقاق فيستوون فى الاستحقاق،ولذا لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة (ولا يعتبر اختلاف الأملاك) للزيادة والنقصان،ولو أسقط البعض حقه ــ ولو للبعض ــ فهى للباقين ،ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحضور؛ لأن الغائب لعله لا يطلب؛ و إن قضى للحاضر ثم حضر الغائب يقضى له باستحقاقه،فلو سلم الحاضر بعدما قُضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف؛ لأن قضاء القاضى بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف ، بخلاف ما قبل القضاء . هداية .

(ومن اشترى دارا بعرض) أى بشيء من ذوات القيم (أخذها الشفيع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (و إن اشتراها بمكيل أو موزون) أو عددى متقارب (أخذها بمثله) لأنه من ذوات الأمثال (و إن باع عقارا بعقار) وكان شفيعهما واحداً (أخذ الشفيع كل واحد منهما) أى العقارين (بقيمة الآخر) لأنه بدله ، وهو من ذوات القيم ، فيأخذه بقيمته ، و إن اختلف شفيعهما يأخذ شفيع كل منهما ماله فيه الشفعة بقيمة الآخر .

وَ إِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَلَهُ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ، وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّ الْمُشْتَرِيَ فُلَانٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ ، وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ الْخَصْمُ فِي الشُّفْعَةِ ، إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُوَكِّلِ ، وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ فِي طُولِ الْحَدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ، وَإِنِ ابْتَاعَ

(وإذا بلغ الشفيع أنها) : أى الدار (بيعت بألف) مثلا (فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل) مما بلغه (أو بحنطة أو شعير) أو نحوهما من المثليات ولو (قيمتها) أى: الحنطة أو الشعير (ألف أو أكثر فتسليمه باطل ، وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس الذى بلغه ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعَرْض قيمته ألف أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير . هداية (وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف) أو أكثر (فلا شفعة له) ، لأن الجنس متحد فى حق الثمنية (وإذا قيل له إن المشترى فلان ، فسلم ، ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار ، ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره ، لأن التسليم لم يوجد فى حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ، ولا شركة ، وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية ، لأن التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه . هداية .

(ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم) للشفيع (فى الشفعة) لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه (إلا أن يسلمها إلى الموكل) ؛ لأنه لم يبق له يد ولا ملك ؛ فيكون الخصم هو الموكل .

(وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع) مثلا (فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) فى المبيع ، لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا قوله (وإن ابتاع)

مِنْهَا سَهْماً بِثَمَنٍ ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ فِى السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِى ، وَإِذَا ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْباً عَنْهُ فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ ، وَلاَ تُكْرَهُ الْحِيلَةُ فِى إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِى يُوسُفَ ، وَتُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ، وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِى أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قُضِىَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ مَقْلُوعًا ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِىَ قَلْعَهُ ،

أى : اشترى (منها سهماً بثمن ، ثم ابتاع بقيّتها فالشفعة للجار فى السهم الأول) فقط (دون الثانى) ، لأن المشترى صار شريكا فى السهم الثانى ، فكان أولى من الجار ، وكذا قوله (و إذا ابتاعها بثمن) ضعف قيمتها مثلا (ثم دفع إليه ثوباً) عوضاً (عنه) بقدر قيمتها (فالشفعة) تكون (بالثمن) المسمى فى البيع (دون الثوب) المدفوع عوضاً عنه ، لأنه عقد آخر . قال فى الهداية : وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة ؛ فيباع بأضعاف قيمته و يعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه إذ استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب ، لقيام البيع الثانى فيتضرر به ، والأوجه أن يباع بالدراهم الثمنِ دينارٌ حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف ، فيجب الدينار لا غير . اهـ .

(ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة) قبل ثبوتها (عند أبى يوسف) ؛ لأنها منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وقيده فى السراجية بما إذا كان الجار غير محتاج إليه (وتكره عند محمد) ؛ لأنها إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة مادفعناه . وقيدنا بما قبل ثبوتها لأنه بعد ثبوتها مكروه اتفاقا كما فى الواقعات ، وفى التصحيح : قيل الاختلاف قبل البيع ، أما بعده فهو مكروه بالإجماع ، وظاهر الهداية اختيار قول أبى يوسف ، وقد صرح به قاضيخان ، فقال : والمشايخ فى حيلة الاستبراء والزكاة أخذوا بقول محمد ، وفى الشفعة بقول أبى يوسف ، اهـ .

(و إذا بنى المشترى) فيما اشتراه (أو غرس ، ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو) أى الشفيع (بالخيار : إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً) أى مستحقّ القلع (و إن شاء كلف المشترى قلعه) لأنه وضعه فى محل تعلق به حق

وَإِذَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ وَلاَ يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ ، وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ أَوِ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا أَوْ جَفَّ شَجَرُ الْبُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ ، فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِى الْبِنَاءَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ : إِنْ شِئْتَ فَخُذِ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا ، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ النِّقْضَ ، وَمَنِ ابْتَاعَ أَرْضاً وَعَلَى نَخْلِهَا ثَمَرٌ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا

متأكد للغير من غير تسليط من جهته (وإذا أخذها الشفيع) بالشفعة (فبنى) بها (أو غرس ثم استحقت رجع) الشفيع على المشترى إن أخذ منه أو البائع على ما مر (بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق (ولا يرجع بقيمة البناء والغرس) على أحد ، بخلاف المشترى ، فإنه مغرور من جهة البائع ومُسَلط عليه ، ولا غرر ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى ، لأنه مجبور عليه . هداية (وإذا انهدمت الدار) فى يد المشترى (أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان) وكان ذلك (بغيرفعل أحدفالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بجميع الثمن) ، لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلايقابلهما شىء من الثمن ، مالم يصر مقصوداً ، ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقى بحصته ، لأن الفائت بعض الأصل . هداية (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن التملك (وإن نقض المشترى البناء قيل للشفيع) : أنت بالخيار (إن شئت فخذ العرصة) أى أرض الدار (بحصتها) من الثمن (وإن شئت فدع) ، لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلها شىء من الثمن ، بخلاف الأول ، لأن الهلاك بآفة سماوية (وليس له) أى الشفيع (أن يأخذ النقض) بالكسر ــ أى المنقوض ، لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعاً (ومن ابتاع) أى اشترى (أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) قال فى الهداية : ومعناه إذا ذكر الثمر فى البيع ، لأنه لايدخل من غير ذكر ، وهذا الذى ذكره استحسان ، وفى القياس لايأخذه ، لأنه ليس بتبع ، ألا يرى أنه لا يدخل فى البيع من غير ذكر ؛ فأشبه المتاع فى الدار ، وجه

فَإِنْ أَخَذَهُ الْمُشْتَرِى سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ ، وَإِذَا قَضَى لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ وَلَمْ يَكُنْ رَآهَا فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا بِهِ وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ ، وَإِذَا ابْتَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِىَ الْأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذَهَا ، وَإِذَا قَسَمَ الشُّرَكَاءُ الْعَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ ، وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا الْمُشْتَرِى بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ عَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ

الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء فى الدار، وما كان مركبا فيه ، فيأخذه الشفيع ، اه (فإن أخذه المشترى سقط عن الشفيع حصته) لدخوله فى البيع مقصوداً (وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها) قبل (فله خيار الرؤية) وإن كان المشترى قد رآها (و) كذا (إن وجد بها عيبا) لم يطلع عليه فله أن يردها به ، وإن كان المشترى شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، فيثبت به الخياران كما فى الشراء ، ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ، ولا برؤيته ، لأنه ليس بنائب عنه ، فلا يملك إسقاطه ، هداية .

(وإذا ابتاع) المشترى (بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر) عن الأخذ بعد استقرارها بالإشهاد (حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها) وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل ، لأنه إنما يثبت بالشرط ولا شرط منه ، وليس الرضا به فى حق المشترى رضاء به فى حق الشفيع ، لتفاوت الناس.

(وإذا اقتسم الشركاء العقار) المشترك بينهم (فلا شفعة لجارهم بالقسمة) ، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً ، ولأن الشريك أولى من الجار (وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو) بخيار (شرط) مطلقاً خلافا لما فى الدرر (أو عيب بقضاء قاض ، فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد لقديم ملكه ، والشفعة فى إنشاء العقد ، ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه .

وَإِنْ رَدَّهَا بِغَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ تَقَايَلَا فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ

كتاب الشركة

الشَّرِكَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ ، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ

فَشَرِكَةُ الأَمْلَاكِ : الْعَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالأَجْنَبِيِّ

هداية . (وإن ردها) بالعيب ، هداية . (بغير قضاء أو تقايلا) البيع (فللشفيع الشفعة) ، لأنه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما ، وقد قصد الفسخ ، وهو بيع جديد فى حق ثالث ، لوجود حد البيع ــ وهو : مبادلة المال بالمال بالتراضى ــ والشفيع ثالث ، ومراده الرد بالعيب بعد القبض ، لأنه قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف ، هداية .

كتاب الشركة

(الشركة) لغةً : الخُلْطَة ، وشرعا ــ كما فى القهستانى عن المضمرات ــ : اختصاصُ اثنين أو أكثر بمحل واحد .

وهى (على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود ، فشركة الأملاك) هى : (العين) التى (يرثها رجلان) فأكثر (أو يشتريانها) أو تصل إليهما بأى سبب كان ، جَبْريا كان أو اختياريا ، كما إذا اتَّهَبَ الرجلان عينا، أو ملكاها بالاستيلاء، أو اختلط مالهما من غير صنع ، أو بخلطهما، خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا بحَرَجٍ .

وحكمها أن كلا منهما أجنبى فى حصة الآخر (فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه) كما فى الأجانب ، كما صرح بذلك فى قوله : (وكل واحد منهما فى نصيب الآخر كالأجنبى) فى الامتناع عن التصرف إلا بوكالة أو ولاية ؛ لعدم تضمنها الولاية .

وَالضَّرْبُ الثَّانِي : شَرِكَةُ الْعُقُودِ ، وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ : مُفَاوَضَةٍ ، وَعِنَانٍ ، وَشَرِكَةِ الصَّنَائِعِ ، وَشَرِكَةِ الْوُجُوهِ .

فَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ فَهِيَ : أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي مَالِهِمَا وَتَصَرُّفِهِمَا وَدِينِهِمَا ، فَتَجُوزُ بَيْنَ الْحُرَّيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ الْعَاقِلَيْنِ الْبَالِغَيْنِ ، وَلَا تَجُوزُ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ ، وَلَا بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ ، وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ،

(والضرب الثانى : شركة العقود) وهى الحاصلة بسبب العقد ، وركنها الإيجاب والقبول ، وشرطها : أن يكون التصرف المعقود عليه قابلا للوكالة ، ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما (وهى) : أى شركة العقود (على أربعة أوجه : مفاوضة ، وعنان) بالكسر وتفتح (وشركة وجوه ، وشركة الصنايع) :

(فأما) الأولى — وهى (شركة المفاوضة — فهى : أن يشترك الرجلان) مثلا (فيستويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق ؛ إذ هى من المساواة . قال قائلهم : * لا يصلح الناس فوضى لا سَرَاةَ لهم * (1)

أى متساوين ، ولا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك فى المال ، والمراد به ما يصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة ، وكذا فى التصرف ، لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوى ، وكذا فى الدين ، لفوات التساوى فى التصرف بفواته (فتجوز بين الحرين المسلمين) أو الذميين (البالغين العاقلين) لتحقق التساوى ، (ولا تجوز بين الحر والمملوك) ولو مكاتبا أو مأذونا (ولا بين الصبى والبالغ) لعدم التساوى ؛ لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبى لا يملك الكفالة مطلقا ، ولا التصرف إلا بإذن الولى (ولا بين المسلم والكافر) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الذمى يملك من التصرف مالا يملكه المسلم . وقال أبو يوسف : يجوز ، للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ، ولا معتبر بزيادة

---

(1) هذا صدر بيت للأفوه الأودى ، وعجزه قوله :

* ولا سراة إذا جهالهم سادوا *

وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ، وَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلاَّ طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ ، وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلاً عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الأَشْتِرَاكُ فَالآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ ، فَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالاً تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ أَوْ وُهِبَ لَهُ وَوَصَلَ إِلَى يَدِهِ

بملكها أحدهما كالمفاوضة بين شافعىّ المذهب والحنفى فإنها جائزة ، و يتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية ، إلا أنه يكره : لأن الذى لا يهتدى إلى الجائز من العقود . قال فى التصحيح : والمعتمد قولهما عند الكل كما نطقت به المصنفات للفتوى وغيرها . ا هـ . ولا تجوز بين العبدين ولا الصبيين ولا للكاتبين، لانعدام الكفالة ، وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرط ولا يشترط ذلك فى العنان كان عناناً ، لاستجماع شرائط العنان . هداية (وتنعقد على الوكالة والكفالة) فالوكالة لتحقق المقصود ، وهو الشركة ، والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة ، وهو توجه المطالبة نحوهما ، ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة و إن لم يعرفا معناها . سراج . أو بيان جميع مقتضياتها؛ لأن المعتبر هو المعنى (ومايشترى كل واحد منهما) : أى المتفاوضين (يكون على الشركة) لأن مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف ، فكان شراء أحدهما كشرائهما ، إلا ما استثناه بقوله : (إلا طعام أهله وكسوتهم) وطعامه وكسوته ونحو ذلك من حوائجه الأصلية استحساناً ، لأنه مستثنى بدلالة الحال للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ، ولابد من الشراء فيختص به ضرورة ،وللبائع مطالبة أيهما شاء بثمن ذلك : فالمشترى بالأصالة ، والآخر بالكفاله ، ويرجع الكفيل على المشترى (ومايلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك) كالبيع والشراء والاستئجار و لاستقراض (فالآخر ضامن له) تحقيقاً للمساواة . قيد بما يصح فيه الاشتراك لإخراج نحو دين الجناية والنكاح والخلع والنفقة ؛ فإن الآخر فيه ليس بضامن (فإن ورث أحدهما مالا) مما (تصح فيه الشركة) مما يأتى (أو وهب له ووصل إلى يده) : أى الوارث والموهوب له، و إنما لم يُثَنِّ الفعل لأنه معطوف

بَطَلَتِ الْمُفَاوَضَةُ وصارَتِ الشركَةُ عِنَانًا .

وَلاَ تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلاَّ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ ، وَلا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ إِلاَّ أَنْ يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا كَالتِّبْرِ وَالنُّقْرَةِ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا ،

بأو ، فيشترط قبض كل كما فى شرح الطحاوى والنظم وقاضيخان والمستصفى والتحف وغيرها . قهستانى (بطلت المفاوضة) لفوات المساواة بقاء ، وهى شرط كالابتداء (وصارت الشركة عنانا) للامكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيها .

(ولا تنعقد الشركة) أعم من أن تكون مفاوضه أو عنانا (إلا بالدراهم) : أى الفضة المضروبة (والدنانير) : أى الذهب المضروب ، لأنهما أثمان الأشياء ، ولا تتعين بالعقود ، فيصير المشترى مشتريا بأمثالهما فى الذمة ، والمشترى ضامن لما فى ذمته ، فيصير الربح المقصود له ، لأنه ربح ما ضمنه كما فى الجوهرة ، والشريك يشترى للشركة فالضمان عليهما والربح لهما ، فما يستحقه كل واحد منهما من الربح ربحُ ما ضمن ، بخلاف العروض ، فإنها متمنات ، فإذا بيعت وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربحُ ما لم يملك ولم يضمن (والفلوس النافقة) ، لأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها ، قال فى التصحيح : لم يذكر المصنف فى هذا خلافا ، وكذلك الحاكم الشهيد فى الكافى ، وذكر الكرخى الجواز على قولهما ، وقال فى الينابيع : وأما الفلوس إن كانت نافقة فكذلك عند محمد ، وقال أبو حنيفة : لا تصح الشركة بالفلوس ، وهو المشهور ، وروى الحسن عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن الشركة بالفلوس جائزة ، وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى بعض النسخ ، وفى بعضها مع محمد ، وقال الإسبيجابى فى مبسوطه : الصحيح أن عقد الشركة يجوز على قول الكل ؛ لأنها صارت ثمنا بالاصطلاح ، واعتمده المحبوبى والنسفى وأبوالفضل الموصلى وصدر الشريعة (ولا تجوز) الشركة (بما سوى ذلك) المذكور (إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر) : أى الذهب الغير المضروب (والنقرة) : أى الفضة الغير المضروبة (فتصح الشركة فيهما)

وَإِذَا أَرَادَا الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُماَ نِصْفَ مالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الآخَرِ ثُمَّ عقَدَا الشَّرِكَةَ .

وَأَمّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ فَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ دُونَ الْكَفَالَةِ ؛ وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي المَالِ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي المَالِ وَيَتَفَاضَلاَ فى الرِّبْحِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُماَ بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ بَعْضٍ

للتعامل ، ففى كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر والنقرة فهى كالنقود لا تتعين بالعقود وتصح الشركة فيه ، ونزل التعامل باستعماله ثمناً منزلة الضرب المخصوص، وفى كل بلدة لم يجز التعامل بها فهى كالعروض تتعين فى العقود ولا تصح به الشركة . درر عن الكافى .

(وإذا أرادا) أى الشريكان (الشركة بالعروض باع كل واحد منهما) قال فى الجوهرة:صوابه أحدهما (نصف ماله بنصف مال الآخر) فيصيران شريكى ملك ، حتى لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر (ثم) إذا (عقدا الشركة) صارا شريكى عقد،حتى جاز لكل منهما أن يتصرف فى نصيب صاحبه، وهذا إن تساويا قيمة، وإن تفاوتا باع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة .

(وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة) لأنها من ضروريات التصرف (دون الكفالة) لأنها ليست من ضرورياته ، وانعقادها فى المفاوضة لاقتضاء اللفظ التساوى ، بخلاف العنان . (ويصح التفاضل فى المال) مع التساوى فى الربح لأنها لا تقتضى المساواة (و) كذا (يصح) العكس ، وهو: أن (يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح) لأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة، وقد يكون أحدهما أَحْذَقَ وأَهْدَى أو أكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما) : أى شريكى العنان (ببعض ماله دون بعض) ؛ لأن المساواة فى المال ليست بشرط فيها

وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ بِمَا بَيَّنَّا أَنَّ المُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ وَمِنْ جِهَةِ الآخَرِ دَنَانِيرُ ، وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الآخَرِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ ، وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَوْ أَحَدُ المَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا شَيْئاً بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الآخَرِ قَبْلَ الشِّرَاءِ فَالمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا .

(ولا تصح) شركة العنان (إلا بما بينا) قريباً (أن المفاوضة تصح به) وهى الأثمان (و يجوز أن يشتركا) مع اختلاف جنس ماليهما (و) ذلك بأن يكون (من جهة أحدهما دراهم ومن جهة الآخر دنانير) وكذا مع اختلاف الوصف ، بأن يكون من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود ، لأنهما و إن كانا جنسين فقد أجْرَى عليهما التعاملُ حكم الجنس الواحد ، كما فى كثير من الأحكام ، فكان العقد عليهما كالعقد على الجنس الواحد (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر) لما مر أنها تتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل فى الحقوق (ثم يرجع) الشريك (على شريكه بحصته منه) إن أدى من ماله ، لأنه وكيل من جهته فى حصته ، فإذا نقد من ماله رجع عليه .

(و إذا هلك مال الشركة) جميعه (أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لأنها تعينت بهذين المالين ، فإذا هلكافاتَ المحلُّ ، و بهلاك أحدهما بطل فى الهالك لعدمه ، وفى الآخر لأن صاحبه لم يرض أن يعطيه شيئاً من ربح ماله (و إن اشترى أحدهما بماله وهلك) بعده (مال الآخر قبل الشراء فالمشترى) بالفتح (بينهما على ما شرطا) ؛ لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك المال الآخر بعد ذلك ، قال فى التصحيح : والشركة شركة عقد حتى إن أيهما باع جاز بيعه ، وقال الحسن ابن زياد : شركة أملاك ، والمعتمد قول محمد على ما مشى عليه فى المبسوط . اهـ

وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ، وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا الْمَالَيْنِ ، وَلَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ إِذَا شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرِّبْحِ .

وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَيِ الْعِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ الْمَالَ وَيَدْفَعَهُ مُضَارَبَةً ، وَيُوَكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَيَدُهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ .

وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ فَالْخَيَّاطَانِ

(ويرجع) الشريك (على شريكه بحصته من ثمنه) ؛ لأنه اشترى حصته بالوكالة ونقد المال من مال نفسه .

(وتجوز الشركة و إن لم يخلطا المالين) ؛ لأن الشركة مستندة إلى العقد دون المال ؛ فلم يكن الخلط شرطاً . هداية . لكن الهالك قبل الخلط بعد العقد على صاحبه سواء هلك في يده أو يد الآخر ، و بعد الخلط عليهما (ولا تصح الشركة ، إذا شرطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة ، فعسى ألا يخرج إلا قدر المسمى ، وإذا لم تصح كان الربح بقدر الملك حتى لو كان المال نصفين وشرطا الربح أثلاثا فالشرط باطل و يكون الربح نصفين .

(ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال) : أى يدفعه بضاعة ، وهو : أن يدفع المتاع إلى الغير ليبيعه و يرد ثمنه وربحه ؛ لأنه معتاد فى عقد الشركة (و يدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتتضمنها ، وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك ؛ لأنه نوع شركة ، والأول الأصح ، وهو رواية الأصل ، هداية (و يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة ، وكذلك له أن يودع و يعير لأنه معتاد ولا بد له منه ، و يبيع بالنقد والنسيئة إلا أن ينهاه عنها (ويده) : أى الشريك (فى المال يد أمانة) فلو هلك بلا تعد لم يضمنه .

(وأما شركة الصنائع) وتسمى التقبل ، والأعمال ، والأبدان (فالخياطان

وَالصَّبَّاغَانِ يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلاَ الأَعْمَالَ وَيَكُونَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ ، وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ .

وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فَالرَّجُلاَنِ يَشْتَرِكَانِ وَلاَ مَالَ لَهُمَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا ، فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ عَلَى هَذَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ ، فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلاَ فِيهِ ،

والصباغان) مثلا ، أو خياط وصباغ (يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب) الحاصل (بينهما ، فيجوز ذلك) : لأن المقصود منه التحصيل، وهو ممكن بالتوكيل ، لأنه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان ، ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز ، لأن ما يأخذه ليس بربح ، بل بدل عمل ، فصح تقويمه ، وتمامه فى الهداية (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه و يلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يُطَالَبُ بالعمل ، ويطالِبُ بالأجر ، و يبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر فى المفاوضة ، وفى غيرها استحسان . هداية (فإن عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفان) إن كان الشرط كذلك ، وإلا فكما شرطا .

(وأما شركة الوجوه) سميت بذلك لأنه لا يشترى إلا من له وَجاهة عند الناس (فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا) نوعا أو أكثر (بوجوههما) نسيئة (ويبيعا) فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن ما اشترَيا، وما بقى بينهما (فتصح الشركة على هذا) المنوال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ؛ ولا ولاية فتتعين الأولى (فإن شرطا أن يكون المشترى بينهما نصفين فالربح كذلك) بحسب الملك (ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى الربح مع التساوى فى الملك ؛ لأن الربح فى شركة الوجوه بالضمان ،

وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ .

وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الْاحْتِطَابِ وَالْاحْتِشَاشِ وَالْاصْطِيَادِ ، وَمَا اصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوِ احْتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهِمَا الْمَاءَ وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَى ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ صَاحِبَ الْبَغْلِ ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْبَغْلِ ،

والضمانُ بقدر الملك فى المشترى ؛ فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن، فلا يصح اشتراطه (وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك) لما قلناه .

(ولا تجوز الشركة فى) تحصيل الأشياء المباحة مثل (الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد) وكلّ مباح، لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل فى أخذ المباح باطل ، لأن أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بغير أمره فلا يصلح نائباً عنه (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو احتشه (فهو له دون صاحبه) ؛ لثبوت الملك فى المباح بالأخذ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفين ؛ لاستوائهما فى سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن حمله معه أو حرسه له فللمُعِين أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد بالغاً ما بلغ .

(وإذا اشتركا ولأحدهما بغل) مثلا (وللآخر راوية) وهى المزادة من ثلاثة جلود ، وأصلها بعير السقاء؛ لأنه يروى الماء أى يحمله، مغرب (يستقى عليها الماء، والكسب بينهما لم تصح الشركة) ؛ لانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، (والكسب) الحاصل (كله للذى استقى) الماء ؛ لأنه بدل ماملكه بالإحراز (وعليه مثل أجر الراوية إن كان) المستقى (صاحب البغل، وإن كان) المستقى (صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) لاستيفائه منافع ملك الغير ـ وهو البغل أو الراوية ـ بعقد فاسد ؛ فيلزمه أجره .

وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرِّبحُ فِيهَا عَلَى قَدْرِ المَالِ ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ وَإِذا ماتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوِ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الآخَرِ إلاَّ بِإِذْنِهِ .

فإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ فَأَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالثَّانِي ضَامِنٌ ، عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ

(وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ، ويبطل شرط التفاضل)؛ لأن الربح تابع للمال كالريع ، ولم يعدل عنه إلا عند صحة التسمية، ولم تصح الشركة؛ فلم تصح التسمية .

(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب) وحكم بلحاقه: لأنه بمنزلة الموت (بطلت الشركة)لأنها تتضمن الوكالة ،ولا بد منها لتحقق الشركة، والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتداً، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة، ولا فرق بين ما إذا علم الشريك بموته وردته أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمى ،بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر ، لأنه عزل قصدى . قيدنا بالحكم بلحاقه لأنه إذا رجع مسلماً قبل أن يقضى بلحاقه لم تبطل الشركة .

(وليس لواحد من الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه)؛لأنه ليس من جنس التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى)عنه (زكاته فأدى كل واحد منهما)على التعاقب (فالثانى ضامن)؛لأدائه غير المأمور به؛لأنه مأمور بأداء الزكاة ، والمؤدى لم يقع زكاة ، فصار مخالفاً فيضمن ،سواء (علم بالأداء الأول أو لم يعلم) ، لأنه معزول حكما ؛ لفوات المحل،وذا لا يختلف بالعلم والجهل،كالوكيل ببيع العبد إذا أعتقه الموكل،وهذا عند أبى حنيفة،وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم،قال فى التصحيح: ورجح فى الأسرار دليل الإمام واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما .اهـ،قيدنا بأن الأداء على التعاقب لأنه لو أديا معاً أو جهل ضمن كل نصيب صاحبه وتقاصا أورجع بالزيادة

كتابُ المضاربة

المُضَارَبَة : عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ وَعَمَلٍ مِنَ الآخَرِ ، وَلاَ تَصِحُّ المُضَارَبَةُ إلاَّ بِالمَالِ الذِى بَيَّناً أَنَّ الشَّرِكَةَ تَصِحُّ بِهِ ،

كتاب المضاربة

أوردها بعد الشركة لأنها كالمقدمة للمضاربة ؛ لاشتمالها عليها .

(المضاربة) لغةً :مشتقة من الضرب[1] فى الأرض،سمى بهلأنالمضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وشرعاً : (عقد) بإيجاب وقبول (على الشركة) فى الربح (بمال من أحد الشريكين) وعمل من الآخر ، كما فى بعض النسخ ، ولامضاربة بدون ذلك ؛ لأنها بشرط الربح لرب المال بضاعة ، وللمضارب قرض ، وإذا كان المال منهما تـكون شركة عقد .

وهى مشروعة للحاجة إليها ؛ فإن الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه ، وبين مهتد فى التصرف صِفْرِ اليد عنه ؛ فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف ؛ لينتظم مصلحة الغبى والذكى ، والفقير والغنى ،وبُعِثَ النبى صلى الله عليه وسلم والناسُ يباشرونه فقررهم عليه ، وتعاملت به الصحابة رضى الله تعالى عنهم . هداية .

وركنها : العقد،وحكمها إيداع أولا ، وتوكيل عند عمله ، وغَصْب إن خالف، وإجارة فاسدة : إن فسدت ، فله أجر عمله بلا زيادة على المشروط .

وشرط صحتها غير واحد ، منها ما عبر عنه بقوله : (ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذى بينا أن الشركة تصح به) وقد تقدم بيانه، ولو دفع إليه عرضاً وقال : بِعْهُ واعمل مضاربة بثمنه ، أو اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة ـ جاز ، لأنه عقد يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل ، ولا مانع من الصحة ، بخلاف ما إذا قال : « أعمل بالدين الذى عندك » حيث لا يصح ، وتمامه فى الهداية .

---

(١) الضرب فى الأرض : السفر ، ومنه قوله تعالى : (وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله) أى يسافرون لطلب رزق الله ، وقوله « سمى به » يريد سمى العقد المذكور بهذا الاسم الذى هو المضاربة .

وَمِنْ شَرْطِها أَنْ يَكُونَ الرِّبحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعاً لاَ يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا مِنْهُ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً ، وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّماً إِلَى المُضَارِبِ ، وَلاَ يَدَ لِرَبِّ المَالِ فِيهِ ، فإِذَا صَحَّتِ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِىَ وَيَبِيعَ وَيُسَافِرَ وَيُبْضِعَ وَيُوَكِّلَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ فِى ذَلِكَ ، وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ فِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ ذَلِكَ

ومنها قوله : (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً) بحيث (لا يستحق أحدهما منه) أى الربح (دراهم مسماة) لأن ذلك يقطع الشركة بينهما؛ لاحتمال أن لا يحصل من الربح إلا قَدْرُ ما شرطه له كما مر ، ومنها قوله:(ولا بدأن يكون المال مسلماً إلى المضارب) ليتمكن من التصرف (و) منها أن يكون (لا يد لرب المال فيه) بأن لا يشترط عمل رب المال ؛ لأنه يمنع خلوص يد المضارب ، ومنها كون رأس المال معلوماً بالتسمية أو الإشارة إليه .

(فإذا صحت المضاربة) باستيفاء شرائطها ، وكانت (مطلقة) غير مقيدة بزمان أو مكان أو نوع (جاز للمضارب أن يشترى و يبيع) بنقد ونسيئة متعارفة و (يسافر) برا و بحراً (ويبضع ويوكل) ويودع ويرهن ويرتهن ويؤجر ويستأجر ، ويحيل ويحتال؛ لإطلاق العقد،والمقصود منه الاسترباح ، ولايتحصل إلا بالتجارة ؛ فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار ، والمذكور كله من صنيع التجار (وليس له) أى المضارب (أن يدفع المال مضاربة) لأن الشىء لا يتضمن مثله (إلا) بالتنصيص عليه ، مثل (أن يأذن له رب المال فى ذلك) به أو التفويض المطلق إليه ، بأن يقول له : اعمل برأيك ، ولا يملك الإقراض ولا الاستدانة و إن قيل له « أعمل برأيك » ما لم ينص عليهما .

(وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجزله) أى المضارب (أن يتجاوز ذلك) المعين ؛ لأن المضاربة تقبل التقييد ؛ لأنها توكيل ، وفى التخصيص فائدة فيتخصص ، فإن اشترى غير المعين أو فى غير البلد المعين كان ضامناً المال ، وكان المشترى له ، وله ربحه ، وإن خرج بالمال لبلد

وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ مُدَّةً بِعَيْنِهَا جَازَ وَبَطَلَ الْعَقْدُ بِمُضِيِّهَا ، وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ أَبَا رَبِّ الْمَالِ وَلاَ ابْنَهُ وَلاَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَإِنِ اشْتَرَاهُمْ كَانَ مُشْتَرِياً لِنَفْسِهِ دُونَ الْمُضَارَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَإِنِ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ الْمُضَارَبَةِ ، وَإِن لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ ، فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ ، وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئاً ، وَيَسْعَى الْمُعْتَقُ لِرَبِّ الْمَالِ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ ، وَإِذَا دَفَعَ الْمُضَارِبُ الْمَالَ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ

غير المعين ثم رده إلى البلد المعين قبل أن يشترى برىء من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله ؛ ابقائه فى يده بالعقد السابق ، وكذا لو عاد فى البعض ؛ اعتبارا للجزء بالكل (وكذلك إن وقت للمضاربة مدة بعينها جاز) التقييد (و بطل العقد بمضيها) ؛ لأن الحكم الموقت ينتهى بمضى الوقت .

(وليس للمضارب أن يشترى أبا رب المال ولا ابنه ولامن يعتق عليه) : أى على رب المال ، لأن عقد المضاربة وضع لتحصيل الربح ، وهو إنما يكون بشراء مايمكن بيعه ، وهذا ليس كذلك (فإن اشتراهم كان مشتريا لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وَجَدَ نفاذا على المشترى نفذ عليه ، كالوكيل بالشراء إذا خالف (وإن كان فى المال ربح فليس له) : أى المضارب (أن يشترى من يعتق عليه) ، لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال (فإذا اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشتريا لنفسه ، فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وإن لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم) ، لأنه لا مانع من التصرف ؛ إذ لاشركة فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم) بعد الشراء (عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئاً) ، لأنه لاصنع من جهته فى زيادة القيمة ولافى ملكه الزيادة ؛ لأن هذا شىء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذاورثه مع غيره (ويسعى المعتق لرب المال فى قيمة نصيبه) أى رب المال (منه) : أى المعتق ، لاحتباس ماليته عنده (وإذا دفع المضارب المال) لآخر (مضاربة ولم يأذن له

رَبَّ الْمَالِ فِي ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ وَلَا بِتَصَرُّفِ الْمُضَارِبِ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الْمُضَارِبُ الْأَوَّلُ الْمَالَ، وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ وَأَذِنَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا مُضَارَبَةً فَدَفَعَهَا بِالثُّلُثِ؛ فَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِرَبِّ الْمَالِ نِصْفُ الرِّبْحِ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثُ الرِّبْحِ، وَلِلْأَوَّلِ السُّدُسُ، وَإِنْ قَالَ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ نِصْفَانِ

رب المال فى ذلك لم يضمن) المضارب الأول (بالدفع) إلى المضارب الثانى (ولا بتصرف المضارب الثانى) من غير أن يربح، بل (حتى يربح)، لأنه مالم يربح بمنزلة الوكيل وللمضارب التوكيل (فإذا ربح) المضارب الثانى (ضمن المضارب الأول المال) لرب المال، قال فى الهداية: وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة، وقالا: إذا عمل به ضمن ربح أولم يربح، وهو ظاهر الرواية، قال الإسبيجابى: قال صاحب الكتاب «ضمن المضارب الأول» والمشهور من المذهب أن رب المال بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثانى فى قولهم جميعاً، اه تصحيح (وإذا دفع) رب المال (إليه المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعها) إلى غيره (مضاربة فدفعها) إلى غيره (بالثلث) جاز لوجود الإذن من المالك (فإن كان رب المال قال له) فى اشتراط الربح (على أن مارزق الله تعالى) أو ما كان من فضل فهو (بيننا نصفان فلرب المال نصف الربح) عملا بشرطه (وللمضارب الثانى ثلث الربح) لأنه المشروط له (و) للمضارب (الأول) الباقى، وهو (السدس) لأن رب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى، فلم يبق للأول إلا النصف، فينصرف تصرفه إلى نصيبه، وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى فيأخذه، فلم يبق للأول إلا السدس (وإن كان قال) رب المال للمضارب الأول (على أن مارزقك الله تعالى): أى حصل لك من الربح فهو (بيننا نصفان فللمضارب الثانى الثلث) لما مر (وما بقى) وهو الثلثان (بين رب المال والمضارب الأول نصفان)، لأنه فوض إليه التصرف، وجعل لنفسه نصف مارزق الأول، وقد رزق

فإنْ قَالَ لَهُ عَلَى أنَّ مَا رَزَقَ اللهُ فَلِي نِصْفُهُ فَدَفَعَ المَالَ إلَى آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي نِصْفُ الرِّبحِ وَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ، وَلاَ شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ، فإنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيِ الرِّبحِ فَلِرَبِّ المَالِ نِصْفُ الرِّبحِ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي نِصْفُ الرِّبحِ، وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي سُدُسَ الرِّبحِ مِنْ مَالِهِ.

وَإِذَا مَاتَ رَبُّ المَالِ أَوِ المُضَارِبُ بَطَلَتِ المُضَارَبَة، وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ المَالِ عَنِ الإِسْلامِ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ، وَإِذَا عَزَلَ رَبُّ المَالِ المُضَارِبَ وَلَمْ يَعلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى اشْتَرَى وَبَاعَ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ،

الأول الثلثين فيكون بينهما (فإن) كان (قال على أن مارزق الله تعالى فلى نصفه) أو ما كان من فضل فبيني و بينك نصفان (فدفع المال إلى آخر مضاربة بالنصف فللثانى نصف الربح) لأنه المشروط له (ولرب المال النصف، ولاشيء للمضارب الأول)؛ لأنه شرط للثانى النصف فيستحقه، وقد جعل رب المال لنفسه نصف مطلق الربح، فلم يبق للأول شيء (فإن) كان (شرط) المضارب الأول (للمضارب الثانى ثلثى الربح فلرب المال نصف الربح) لما مر (وللمضارب الثانى) الباقى، وهو (نصف الربح، ويضمن المضارب الأول للمضارب الثانى سدس الربح): أى مثله (من ماله)؛ لأنه شرط للثانى شيئاً هو مستحَقٌ لرب المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الإبطال، والتسمية فى نفسها صحيحة، فيلزم الوفاء بأداء المثل.

(وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة)؛ لأنها توكيل على ما مر وموت الموكل أو الوكيل يبطل الوكالة (وإن ارتد رب المال عن الإسلام) والعياذ بالله تعالى (ولحق بدار الحرب) وحكم بلحوقه (بطلت المضاربة) أيضاً؛ لزوال ملكه وانتقاله لورثته فكان كالموت، ومالم يحكم بلحوقه فهى موقوفة، فإن رجع مسلماً لم تبطل، قيد برب المال لأنه لو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها؛ لأن عبارته صحيحة، ولا توقف فى ملك رب المال.

(وإن عزل رب المال المضارب) عن المضاربة (ولم يعلم) المضارب (بعزله): أى عزل نفسه (حتى اشترى وباع فتصرفه) الصادر قبل العلم (جائز)؛ لأنه وكيل من

وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلاَ يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ مِنْ ذَلِكَ ، ثُمَّ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ ، وإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ قَدْ نَضَّتْ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ .

وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رَبِحَ الْمُضَارِبُ فِيهِ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رِبحُ لَمْ يَلْزَمْهُ الِاقْتِضَاءُ، وَيُقَالُ لَهُ : وَكِّلْ رَبَّ الْمَالِ فِي الِاقْتِضَاءِ ،

جهته ، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض) هو هنا : ما كان خلاف جنس رأس المال ، فالدراهم والدنانير هنا جنسان (فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) البيع ؛ لأن له حقا في الربح ، ولا يظهر ذلك إلا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ثم لا يجوز) له (أن يشترى بثمنها شيئاً آخر) ؛ لأن العزل إنما لم يعمل والمال عروض ضرورة معرفة رأس المال، وقد اندفعت بصيرورته نقداً فعمل العزلُ (وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت) أى : تحولت عيناً بعد أن كانت متاعاً، صحاح (فليس له أن يتصرف فيها) لما قلنا، قال فى الهداية: وهذا الذى ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن - بأن كان دراهم ورأس المال دنانير ، أو على العكس - له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً ؛ لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض . اهـ . وقد أشرنا إليه .

(وإذا افترقا وفى المال ديون و) كان (قد ربح المضارب فيه): أى المال (أجبره الحاكم على اقتضاء الديون)؛ لأنه بمنزلة الأجير ، فإن الربح كالأجر له (وإن لم يكن) فى المال (ربح لم يلزمه الاقتضاء) ؛ لأنه وكيل محض ، وهو متبرع ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به (و) لكن (يقال له) : أى للمضارب (وكِّل رب المال فى الاقتضاء) ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد ، والمالك ليس بعاقد ، فلا يتمكن من الطلب إلا بتوكيله ، فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه .

وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ المَالِ ، فإِنْ زَادَ الهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ فَلاَ ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ فِيهِ ، وَإِنْ كانَا قَدِ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَالمُضَارَبَةُ بِحَالِها ثُمَّ هَلَكَ المَالُ أَوْ بَعْضُهُ تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المَالِ رَأْسَ المَالِ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَجزَ عَنْ رَأْسِ المَالِ لَمْ يَضْمَنِ المُضَارِبُ ، وَإِنْ كَانَا قَدِ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وفَسَخَا المُضَارَبَةَ ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ المَالُ لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الأَوَّلَ .

وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ ، وَلا يُزَوِّجُ عَبْداً وَلاَ أَمَةً مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ .

(وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح اسم للزيادة على رأس المال؛ فلابد من تعيين رأس المال حتى تظهر الزيادة (وإذا زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب فيه)؛ لأنه أمين (وإذا كانا) :أى المضاربان (قد اقتسما الربح و) بقيت (المضاربة بحالها) : أى لم تفسخ (ثم هلك المال) كله (أو بعضه ترادا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال)؛ لأن قسمة الربح قبل استيفاء رأس المال لاتصح؛ لأنه هو الأصل، فإذا هلك مافى يد المضارب أمانة تبين أن ماأخذه من رأس المال؛ فوجب رده (فإن فضل شيء) بعد استيفاء رأس المال (كان بينهما)؛ لأنه ربح (وإن عجز) الربح المردود : أى نقص (عن) إكمال (رأس المال لم يضمن المضارب) لما مر من أنه أمين (وإن كانا قد اقتسما الربح وفسخا المضاربة) الأولى والمال فى يد المضارب (ثم عقداها) ثانياً (فهلك المال لم يترادا الربح الأول) لأن الأولى قد انتهت بالفسخ ،والثانية عقد جديد لاتعلق لها بالأولى.

(ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) المتعارفة؛ لأنها من صنيع التجار قيدنا بالمتعارفة لأنه إذا باع إلى أجل غير متعارف لا يصح؛ لأن له الأمر العام المعروف بين الناس (ولا يزوِّج عبداً) اتفاقا (ولا أمة) عند أبى حنيفة ومحمد (من مال المضاربة) لأنه ليس بتجارة والعقد لايتضمن إلا التوكيل بالتجارة ، أوما هو من

كتاب الوكالة

كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ ، وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ فِى سَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَبِإِثْبَاتِهَا ، وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ

ضروريانها ، والتزويج ليس كذلك ، وقاس أبو يوسف تزويج الأمة على إجارتها لأنه من باب الاكتساب؛ لأنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ، قال في التصحيح : والمعتمد قولهما عند الكل ، كما اعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وغيرهم . اهـ .

تتمة ـ إذا عمل المضارب فى المصر فنفقته فى ماله ، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه فى مال المضاربة ، هداية.

كتاب الوكالة

وجه المناسبة بينها وبين المضاربة ظاهر ؛ لأن الوكالة من أحكامها .

وهى لغة : اسم من التوكيل ، وهو التفويض . وشرعاً : إقامة الغير مقام نفسه فى تصرف معلوم ، جوهرة [١]

وقد صدر المصنف بضابط مايصح فيه التوكيل ؛ فقال:(كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأنه ربما يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال؛ فيحتاج أن يوكل غيره؛ فيكون بسبيل منه دفعاً لحاجته (ويجوز التوكيل بالخصومة) من غير استيفاء (فى سائر الحقوق ،و) كذا (بإثباتها) أى: إثبات سائر الحقوق، تمكينا له من استيفاء حقوقه، قال الاسبيجابى : وهذا قول أبى حنيفة ،وقال أبو يوسف : لايجوز فى إثبات الحد والقصاص والخصومة فيه، وقول محمد مضطرب والأظهر أنه مع أبى حنيفة ، والصحيح قولهما ، تصحيح (ويجوز التوكيل) أيضا

---

(١) الذى ذكره صاحب الجوهرة من معانى الوكالة اللغوية الحفظ ، لاالتفويض الذى ذكره الشارح ، قال : « الوكالة فى اللغة هى الحفظ ، ومنه قولهم : حسبنا الله ونعم الوكيل ، أى : نعم الحافظ » اهـ . والذى نقله الشارح عنه هو المعنى الشرعى .

بِالْاِسْتِيفَاءِ إِلاَّ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الْوَكَالَةَ لا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهِمَا مَعَ غَيْبَةِ الْمُوَكِّلِ عَنِ الْمَجْلِسِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لاَ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلاَّ بِرِضَا الْخَصْمِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مَرِيضاً أَوْ غَائِباً مَسِيرَةَ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِداً . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ

وَمِنْ شَرْطِ الْوَكَالَةِ : أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ

(بالاستيفاء) والإيفاء لسائر الحقوق (إلا فى الحدود والقصاص ؛ فإن الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس) ؛ لأنها تندرىء بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ، بخلاف حالة الحضرة لانتفاء الشبهة (وقال أبو حنيفة لا يجوز) : أى لا يلزم (التوكيل بالخصومة) سواء كان من قبل الطالب أو المطلوب (إلا برضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع ، والرجل والمرأة ، والبكر والثيب (إلا أن يكون الموكل مريضاً) لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ، ابن كمال (أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً) أو مريداً سفرا ، أو مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . هداية . قال فى التصحيح: واختار قوله المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلى ، ورجح دليله فى كل صنف . اهـ (وقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وبه أخذ أبو القاسم الصفار وأبو الليث ، وفى فتاوى العتابى أنه المختار ، وفى مختارات النوازل لصاحب الهداية : والمختار فى هذه المسألة أن القاضى إذا علم التعنت من الآبى يقبل توكيله من غير رضاه ، وإذا علم أن الموكل قصد إضرار خصمه لا يقبل ، اهـ . ومثله فى قاضيخان عن شمس الأئمة السرخسى وشمس الأئمة الحلوانى ، وفى الحقائق : وإليه مال الأوزجندى ، كذا فى التصحيح ملخصا . وفى الدرر : وعليه فتوى المتأخرين .

(ومن شرط) صحة (الوكالة : أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) ؛ لأن الوكيل إنما يملك التصرف من جهته ؛ فلابد من كونه مالكا لما يملكه لغيره (وتلزمه الأحكام) قال فى العناية : يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام؛

وَالْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَيَقْصِدُهُ .

وَإِذَا وَكَّلَ الْحُرُّ الْبَالِغُ أَوِ الْمَأْذُونُ مِثْلَهُمَا جَازَ ، وَإِنْ وَكَّلاَ صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ أَوْ عَبْداً مَحْجُورًا جَازَ ، وَلاَ تَتَعَلَّقُ بِهِمَا الْحُقُوقُ وَتَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلَيْهِمَا .

وَالْعُقُودُ الَّتِي يَعْقِدُهَا الْوُكَلاَءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛

فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به ؛ لأنه لم تلزمه الأحكام وهي الملك ، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان ، والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ، ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً ، وهذا أصح ؛ لأن الوكيل إذا أذن بالتوكيل صح ولم تلزمه أحكام ذلك التصرف (و) أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد) :أي يعقل معناه من أنه سالبٌ بالنسبة إلى كل من المتعاقدين وجالب له ؛ فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل ، وفي المشتري العكس (و) أن يكون بحيث (يقصده) لفائدته من السَّلْب والجَلْب ، حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلا ، وما قيل من أن قوله « ويقصده » احتراز عن الهازل ردَّه ابن الهمام .

ثم فرع على ما أصَّلَه بقوله : (وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون) عبداً كان أو صغيراً (مثلهما جاز) ؛ لأن الموكل مالك للتصرف ، والوكيل من أهل العبارة (وإن وكلا) : أي الحرُّ البالغُ أو المأذونُ (صبيا محجوراً) وهو (يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز) أيضاً لما قلنا (و) لكن (لا تتعلق بهما الحقوق) ؛ لأنه لا يصح منهما التزام العهدة ، لقصور أهلية الصبي وحق سيد العبد (و) إنما (تتعلق بموكليهما) ، لأنه لما تعذر رجوعُها إلى العاقد رجعت إلى أقرب الناس إلى هذا التصرف ، وهو الموكل ، إلا أن الحقوق تلزم العبد بعد العتق ، لأن المانع حق المولى وقد زال ، ولا يلزم الصبي بعد البلوغ ، لأن المانع حقه ، وحق الصبي لا يبطل بالبلوغ ، كذا في الفيض .

(والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) وفي بعض النسخ « والعقد الذي

فَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الْوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ - مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ - فَحُقُوقُ ذَلِكَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ ، فَيُسَلِّمُ الْمَبِيعَ ، وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ ، وَيُطَالَبُ بِالثَّمَنِ ، إِذَا اشْتَرَى ، وَيَقْبِضُ الْمَبِيعَ ، وَيُخَاصِمُ بِالْعَيْبِ ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إِلَى مُوَكِّلِهِ - كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ مِنْ دَمِ الْعَمْدِ - فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ دُونَ الْوَكِيلِ ، فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ ، وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ الْمَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا ، وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكِّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ ،

يعقده الوكلاء » أى جنس العقد، كذا فى غاية البيان ،لأن الوكيل يضيف بعض العقود إلى نفسه ، وبعضها إلى موكله (فـكل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه) : أى يصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل (مثل البيع والإجارة) ونحوهما (فحقوق ذلك العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل) ، لأن الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد : حقيقة ، لأن العقد يقوم بكلامه ، وحكما ، لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى موكله ، وحيث كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به (فيسلم المبيع ، ويقبض الثمن) إذا باع (ويطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع) ، لأن ذلك من الحقوق ، والملك يثبت للموكل خلافةً عنه اعتباراً للتوكيل السابق (و) كذا (يخاصم بالعيب) إن كان المبيع فى يده ، أما بعد التسليم إلى الموكل فلا يملك رده إلا بإذنه (وكل عقد يضيفه) الوكيل (إلى موكله) : أى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لايصح ، كذا فى المجتبى ، وذلك (كالنكاح والخلع والصلح من دم العمد) ونحو ذلك (فإن حقوقه تتعلق بالموكل) لإضافة العقد إليه (دون الوكيل) ، لأنه فى هذا الضرب سفير محض ،ولذا لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، فـكان كالرسول ، وفرع على كونه سفيراً محضاً بقوله : (فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) للزوج، لما قلنا من أنه سفير (وإذا طالب الموكل) بالبيع (المشترى بالثمن فله) : أى المشترى (أن يمنعه إياه) ، لأنه أجنبى عن العقد وحقوقه ، لأن الحقوق

فإنْ دَفَعَهُ إلَيْهِ جازَ وَلَمْ يَكنْ لِلْوَكِيلِ أنْ يُطَالِبَهُ بِهِ ثَانِياً .

وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلاً بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَلاَبُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ أوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ ، إلاَّ أنْ يُوَكِّلَهُ وَكَالَةً عَامَّةً فَيَقُولَ : ابْتَعْ لِي مَا رَأَيْتَ ، وَإذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ وَقَبَضَ المَبِيعَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ ، وَإنْ سَلَّمَهُ إلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إلاَّ بِإِذْنِهِ

إلى العاقد (فإن دفعه) : أى دفع المشترى الثمن (إليه) أى الموكل (جاز) ، لأن نفس الثمن المقبوض حقه (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً) لعدم الفائدة ، لأنه لو أخذ منه لوجب الإعادة .

(ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد) لصحة وكالته (من تسمية جنسه): أى جنس ماوكله به كالجارية والعبد (وصفته) أى نوعه كالتركى والحبشى (أو جنسه ومبلغ ثمنه) ، ليصير الفعل الموكَّل به معلوما فيمكنه الائتمار (إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول : ابتع لى مارأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شيء يشتريه يكون ممتثلا ، والأصل أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة فتتحمل الجهالة اليسيرة . هداية . ثم الجهالة فى التوكيل ثلاثة أنواع : فاحشة ، وهى جهالة الجنس كالثوب والدابة والرقيق ، وهى تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن؛ لأن الوكيل لايقدر على الامتثال ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، وجهالة يسيرة ، وهى جهالة النوع كالحمار والفرس والثوب المروى ، وهى لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن ، وجهالة متوسطة بين الجنس والنوع كالعبد والأمة والدار ، فإن بين الثمن أو النوع تصح وتلحق بجهالة النوع ، وإن لم يبين واحداً منها لا تصح وتلحق بجهالة الجنس ، فيض عن الكافى . ويؤخذ من كلام المصنف (وإذا اشترى الوكيل) ماوكل بشرائه (وقبض المبيع) أى المشترى (ثم اطلع على عيب) فيه (فله) : أى للوكيل (أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه) ، لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم .

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ ، فَإِنْ فَارَقَ الْوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَلاَ تُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْمُوَكِّلِ ، وَإِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ الْمَبِيعَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمُوَكِّلِ ، فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُوكلِ وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ ، وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَضَمَانَ الْمَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ،

(ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ، ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السَّلَم ؛ فإن ذلك لا يجوز ؛ فإن الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز . هداية. ثم العبرة بمفارقة الوكيل (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض) لبدله (بطل العقد) ؛ لوجود الافتراق من غير قبض (ولا تعتبر مفارقة الموكل) ولو حاضراً كما فى البحر ، خلافا للعينى ؛ لأنه ليس بعاقد .

(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) من غير صريح إذن الموكل (وقبض المبيع ، فله أن يرجع به على الموكل) لوجود الإذن دلالة ؛ لأن الحقوق لما كانت إلى العاقد وقد علمه الموكل يكون راضياً بدفعه (فإن هلك المبيع فى يده): أى الوكيل (قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) ؛ لأن يده كيد الموكل (وله) : أى للوكيل بالشراء (أن يحبسه) : أى المبيع (حتى يستوفى الثمن) وإن لم يكن دفعه ؛ لأنه مع الموكل بمنزلة البائع (فإن حبسه) لاستيفاء الثمن (فهلك) فى يده (كان مضموناً) عليه (ضمان الرهن عند أبى يوسف) فيضمن الأقل من قيمته ومن الثمن ، وضمان الغصب عند زفر فيجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت (وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة أيضاً ، فيسقط الثمن قليلا كان أو كثيراً ، قال فى التصحيح : ورجح دليلهما فى الهداية ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة .

وَإِذا وَكلَ رَجُلَيْنِ فَلَيسَ لِأَحَدِهِما أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكلاَ فِيهِ دُونَ الآخَرِ ، إلاَّ أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ أَوْ بِطَلاَقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِنْدَهُ أَوْ بِقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ .

وَلَيْسَ لِلوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكلَ بِهِ ، إلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ المُوَكِّلُ أَوْ يَقُولَ لَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ

(وإذا وكل) موكل (رجلين) معاً بأن قال « وكلتكما » سواء كان الثمن مسمى أولا (فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه دون الآخر) قال في الهداية : وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغيرهما ؛ لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، والبدل و إن كان مقدراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى . اه . وأشار المصنف إلى ذلك بقوله : (إلا أن يوكلهما بالخصومة) ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر للافضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء ، والرأى يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة (أو بطلاق زوجته بغير عوض ، [أو بعتق عبده بغير عوض] ، أو بردوديعة عنده ، أو بقضاء دين عليه) ؛ لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأى ، بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء . هداية . قيدنا بالمعية لأنه لو وكلهما على التعاقب جاز لكل منهما الانفراد ؛ لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله ، فلا يتغير بعد ذلك . منح . وقيد الطلاق والعتق بغير عوض لأنه لو كان بعوض لا ينفرد أحدهما به ؛ لأنه يحتاج إلى الرأى . درر . وقيد برد الوديعة لأنه بقبضها لا ينفرد كما فى الذخيرة ؛ لأن حفظ الاثنين أنفع ؛ فلو قبض أحدهما بدون إذن الآخر ضمن . وقيد بقضاء الدين لأنه باقتضائه لاينفرد كما فى الجوهرة لاحتياج الاستيفاء إلى الرأى .

(وليس للوكيل أن يوكل) غيره (فيما وكل به) ؛ لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ؛ لأنه إنما رضى برأيه ، والناس يتفاوتون فى الآراء فلا يكون راضيا بغيره (إلا أن يأذن له الموكل) بالتوكيل (أو) يفوض له ، بأن (يقول له : أعمل برأيك)

فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ ، وَإِنْ عَقَدَ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ فَأَجَازَهُ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ جَازَ ، وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الْوَكِيلَ عَنْ الْوَكَالَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْعَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ .

وَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ ، وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا ، وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا ، وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوِ الْمَأْذُونُ فَحُجِرَ عَلَيْهِ أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا ، فَهٰذِهِ الْوُجُوهُ تُبْطِلُ الْوَكَالَةَ عَلِمَ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ

أو أصنع ما شئت ، لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه ـ يعني الذي جاز التوكيل فيه ـ يكون الثاني وكيلا عن الموكل ، حتى لا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بموته ، وينعزلان بموت الأول . هداية (فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله) أي الوكيل (بحضرته) أي الوكيل الأول (جاز) لانعقاده برأيه . (و) كذا (إن عقد بغير حضرته فأجازه الوكيل الأول جاز) أيضاً ، لنفوذه برأيه

(وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) متى شاء ، لأن الوكالة حقه ؛ فله أن يبطله ، إلا إذا تعلق به حق الغير ، بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب ، لما فيه من إبطال حق الغير ، هداية . ثم إنما ينعزل الوكيل إذا بلغه ذلك (فإن لم يبلغه العزل فهو) : أي الوكيل (على وكالته ، وتصرفه جائز حتى يعلم) ، لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته ، أو من حيث رجوع الحق إليه ، فيتضرر به ، ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده . هداية .

(وتبطل الوكالة بموت الموكل ، وجنونه جنوناً مطبقاً) بضم الميم وكسر الباء وفتحها (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) إذا حكم به (و) كذا (إذا وكل المكاتب ثم عجز) وعاد إلى رقِّه (أو المأذون) عبداً كان أو صغيراً (فحجر عليه ، أو الشريكان فافترقا) : أي تفاسخا الشركة (فهذه الوجوه) المذكورة (تبطل الوكالة) سواء (علم الوكيل) بذلك (أو لم يعلم) ، لأنه عزل حكمي ، لأن بقاء الوكالة يعتمد قيام

وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ ، وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ التصرفُ إِلاَّ أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا ، وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ ، وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لاَ يَجُوزُ أَن يَعْقِدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

الأمر ، وقد بطل بهذه العوارض . قيد الجنون بالمطبق لأن قليله بمنزلة الإغماء ، وحدُّ المطبق شهرٌ عند أبي يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم ، قال فى الشرنبلالية معزيا إلى المضمرات : وبه يفتى ، ومثله فى القهستانى والباقلانى ، وجعله قاضيخان فى فصل ما يقضى به فى المجتهدات قول أبي حنيفة وأن عليه الفتوى ، فيحفظ ، كذا فى الدرر . وقال محمد : حَوْل ؛ لأنه يسقط به جميع العبادات ، وقال فى التصحيح : قال فى الاختيار : وهو الصحيح ، اه . وقيد باللحاق لأنه قبله لا يبطل توكيله اتفاقا وقيدنا اللحوق بالحكم به لأنه لا يثبت إلا به ، كما فى الفيض وغيره ، ثم هذا كله فيما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك عزله ، بخلاف اللازمة ؛ فإنها لا تبطل بهذه العوارض كالوكالة ببيع الرهن والأمر باليد .

(وإذا مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت وكالته) ؛ لبطلان أهليته (وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف) لسقوط أهليته (إلا أن يعود مسلماً) قبل الحكم بلحاقه لعود الأهلية ، قال فى النهاية نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام : وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً مالم يقض القاضي بلحاقه . اه . قال فى التصحيح : قالوا : هذا قول أبى حنيفة واعتمده النسفي والمحبوبى . اه . وعند أبي يوسف : لاتعود بعوده ؛ لأنه باللحاق التحق بالأموات ؛ فبطلت ولايته ولا تعود بعوده .

(ومن وكل) غيره (بشيء) من شراء أو بيع أو طلاق أو عتق (ثم تصرف) الموكل (فيما وكل به) بنفسه أو وكيل آخر (بطلت الوكالة) لأنه لما تصرف فيه تعذر على الوكيل التصرف ؛ فبطلت وكالته .

(والوكيل بالبيع والشراء لايجوز) له : أي لا يصح (أن يعقد عند أبي حنيفه

مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَوَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ وَعَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ إِلاَّ فِي عَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ . وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ . وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا ،

مع) من تردُّ شهادته له ، مثل (أبيه) وأمه (وجده) وجدته و إن عَلَيا (وولده وولد ولده) و إن سفل (وزوجته وعبده ومكاتبه) للتهمة ، ولذا تردُّ شهادتهم له، ولأن المنافع بينهم متصلة ؛ فصار بيعا من نفسه من وجه (وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) ؛ لأن التوكيل مطلق والأملاك متباينة (إلا فى عبده ومكاتبه)؛ لأنه يبيع من نفسه ؛ لأن ما فى يد العبد للمولى ، وكذا له حق فى كسب المكاتب و ينقلب حقيقة بالعجز ، قال فى التصحيح : وقد رجحوا دليله، واعتمده المحبوبى والنسفى (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير) والعَرْض والنقد (عند أبى حنيفة) لإطلاق الأمر (وقالا : لا يجوز بيعه) أى الوكيل (بنقصان) فاحش ، بحيث (لا يتغابن الناسُ) أى لا يتحملون الغبن (فى مثله) أى مثل هذا النقصان ، ولا بالعَرْض ؛ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ، والمتعارف البيع بثمن المثل والنقد ، قال فى البزازية : وعليه الفتوى ، لكن قال فى التصحيح : ورجح قول الإمام ، وهو المعول عليه عند النسفى ، وهو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبى ، ووافقه الموصلى وصدر الشريعة . اهـ . وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية ، وفى التصحيح أيضاً : قال القاضى : واختلفت الروايات فى الأَجَلِ ، والصحيح يجوز على كل حال ، وعن أبى يوسف : إن كان التوكيل بالبيع للحاجة إلى النفقة وقضاء الدين ليس له أن يبيع بالنسيئة ، وعليه الفتوى ، اهـ (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة) يسيرة ، بحيث (يتغابن الناسُ فى مثلها) ، إذا لم يكن له قيمة معروفة كالدار والفرس

ولاَ يَجُوزُ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ ، وَالذِي لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ : مَا لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ ، وَإِذَا ضَمِنَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ عَنِ الْمُبْتَاعِ فَضَمَانُهُ بَاطِلٌ ، وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنِ اشْتَرَى بَاقِيَهُ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ ، وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ فَاشْتَرَى عِشْرِينَ رِطْلاً بِدِرْهَمٍ مِنْ لَحْمٍ

ونحوهما ، أما ماله قيمة معروفة وسعر مخصوص كالخبز واللحم ونحوهما فزاد فيه الوكيل لاينفذ على الموكل ، وإن كانت الزيادة شيئا قليلا كالفلس ونحوه . نهاية (ولايجوز بمالايتغابن الناس فى مثله) اتفاقا (والذى لايتغابن الناس فيه) هو (مالا يدخل تحت تقويم) جملة (المقومين) ومقابله ـ وهو مايدخل تحت تقويم البعض ـ يتغابن فيه ، قال فى الذخيرة : وتكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش ، والصحيح ماروى عن الإمام محمد فى النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير ، ومالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش ، ثم قال : وإليه أشار فى الجامع . اهـ (وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل) ؛ لأن حكم الوكيل أن يكون الثمن أمانة فى يده ؛ فلا يجوز نفى موجبه بجعله ضامناً له ، فصار كالو شرط على المودَع ضمان الوديعة ؛ فلا يجوز (وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة) ؛ لإطلاق التوكيل ، وقالا :لايجوز ، لأنه غيرمتعارف؛ لمـا فيه من ضرر الشركة ، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما ، قال فى التصحيح :واختار قولَ الإمام البرهانىُّ والنسفى وصدرُ الشريعة (وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف) اتفاقا (فإن اشترى باقيه) قبل الخصومة (لزم الموكل) ؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شِقْصاً شِقْصاً ؛ فإن اشترى الباقى قبل رد الآمر البيعَ تعين أنه وسيلة فينفذ على الآمر ، وهذا بالاتفاق . هداية (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم) مثلا (بدرهم) واحد (فاشترى عشرين) رطلا (بدرهم من لحم

يُبَاعُ مِثْلُهُ عَشَرَةٌ بِدِرْهَمٍ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَلْزَمُهُ الْعِشْرُونَ ، وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَىْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَى عَبْداً فَهُوَ لِلْوَكِيلِ ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ الْمُوَكِّلِ ؛

يباع مثله عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبى حنيفة)؛ لأنه أمره بشراء العشرة ، ولم يأمره بالزيادة ، فينفذ شراؤها عليه ، و بشراء العشرة على الموكل (وقالا : يلزمه العشرون) لأنه أمره بصرف الدرهم ، وظن أنه سعر عشرة أرطال ، فإذا اشترى عشرين فقد زاد خيرا ، قال فى التصحيح : قال فى الهداية : وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع أبى حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف فى الأصل ، وقد مشى على قول الإمام النسفى والبرهانى وغيرهما (وإذا وكله بشراء شىء بعينه فليس له) أى الوكيل (أن يشتريه لنفسه)لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ، ولا يملكه ـ على ماقيل ـ إلا بمحضر من الموكل ؛ فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه ، أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ،أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى بغيبة الأول ـ ثبت الملك للوكيل الأول فى هذه الوجوه ، لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ، ولو اشترى الثانى بحضرة الأول نفذ على الموكل الأول ؛ لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا . هداية (وإن كلفه بشراء عبد بغير عينه فاشترى) الوكيل (عبدا) من غير نية الشراء للموكل ولا إضافته إلى دراهمه (فهو للوكيل) ؛لأنه الأصل (إلاأن يقول : نويت الشراء للموكل ، أو يشتريه بمال الموكل) قال فى الهداية : وهذه المسألة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر ، وهو المراد عندى بقوله « أو يشتريه بمال الموكل » وهذا بالإجماع ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه ، وإن تكاذبا فى النية يُحَكَّمُ النقد بالإجماع ؛ لأنه دلالة ظاهرة ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية ، قال محمد: هو للعاقد ، لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه ، إلا

وَالْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ، وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكِيلٌ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

إذا ثبت جعله لغيره ، ولم يثبت ، وعن أبي يوسف يحكم النقد ؛ لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل وجهين ، فيبقى موقوفا ، فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ، اهـ باختصار .

(والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند) أئمتنا الثلاثة (أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد) خلافا لزفر ، هو يقول : رضي بخصومته ، والقبض غير الخصومة ولم يرض به ، ولنا أن من ملك شيئاً ملك تمامه ، وتمام الخصومة بالقبض ، والفتوى اليوم على قول زفر ؛ لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة مَنْ لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي : يملك القبض على أصل الرواية ؛ لأنه في معناه وضعا ، إلا أن العرف بخلافه ، وهو قاضٍ على الوضع ، والفتوى على أن لا يملك . هداية . ونقل في التصحيح نحوه عن الإسبيجابي والينابيع والذخيرة والواقعات وغيرها ، ثم قال : وفي الصغرى التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف ، إن كان في بلدة العرفُ بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض ، وإلا فلا ، وهذا اللفظ في التتمة ، ونقل مثله عن محمد بن الفضل . اهـ .

(والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه يقبل ، لأنه وكله بالتملك ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها ، وهو يقتضي حقوقا ، وهو أصيل فيها ، فيكون خصما ، وقالا : لا يكون خصما ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، لأنه ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي للخصومة ، فلم يكن الرضا بالقبض رضاً بالخصومة ، قال في التصحيح : وعلى قول الإمام مشى المحبوبي في أصح الأقاويل والاختيارات والنسفيُّ والموصليُّ وصدر الشريعة ، ثم قال : وقيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فيها بالإجماع ، قاله في الاختيار وغيره ، اهـ .

وَإِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَى مُوَكِّلِهِ عِنْدَ الْقَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ ، وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الْخُصُومَةِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي ، وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ أُمِرَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ ، فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِياً وَرَجَعَ بِهِ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ بَاقِياً فِي يَدِهِ .

(و إذا أقر الوكيل بالخصومة) سواء كان وكيل المدعى أو المدعى عليه (على موكله عند القاضى جاز إقراره) لأنه مأمور بالجواب ، والإقرار أحد نوعى الجواب (ولا يجوز إقراره عليه عند غير القاضى عند أبى حنيفة ومحمد) ؛ لأن الإقرار إنما يكون جوابا عند القاضى ؛ لأنه فى مقابلة الخصومة ، فيختص به ، فلو أقيمت بينة على إقراره فى غير مجلس القضاء لا ينفذ إقراره على الموكل (إلا أنه يخرج) المقر بذلك (من الخصومة) : أى الوكالة ، حتى لا يدفع إليه المال ، ولو ادعى المدعى ذلك الوكالة وأقام بينة لم تسمع ؛ لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه (وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه) ولو (عند غير القاضى) ؛ لأنه قائم مقام الموكل ، و إقراره يختص بمجلس القضاء ؛ فكذا إقرار نائبه ، قال فى التصحيح : قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما .

(ومن ادعى أنه وكيل) فلان (الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم) بدعواه (أمر بتسليم الدين إليه) ؛ لإقراره باستحقاق القبض له من غير إسقاط حق الغائب (فإن حضر الغائب فصدقه) فبها (و إلا) أى : و إن لم يصدقه (دفع إليه الغريم الدين ثانياً) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة ، والقول فى ذلك قوله مع يمينه ، فيفسد الأداء (ورجع به) أى بما دفعه ثانياً (على الوكيل) أى الذى ادعى الوكالة ، وهذا (إن كان) المال (باقيا فى يده ولو حكما ، فإن استهلكه فإنه يضمن مثله ، خلاصة . وإن ضاع فى يده لم يرجع عليه ، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع ، ولو لم يصدقه ودفع إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل ؛ لأنه لم يصدقه فى الوكالة ، و إنما دفع إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، هداية .

وَإِنْ قَالَ « إِنِّى وَكِيلٌ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ» فَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ

كتاب الكفالة

الْكَفَالَةُ ضَرْبَانِ : كَفَالَةٌ بِالنَّفْسِ ، وَكَفَالَةٌ بِالْمَالِ .

فَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ ، وَالْمَضْمُونُ بِهَا إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَتَنْعَقِدُ إِذَا قَالَ « تَكَفَّلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ ، أَوْ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ بِرُوحِهِ ، أَوْ بِجَسَدِهِ ، أَوْ بِرَأْسِهِ ، أَوْ بِنِصْفِهِ ، أَوْ بِثُلُثِهِ » ،

(وإن قال) المدعى (إنى وكيل) فلان الغائب (بقبض الوديعة) التى عندك (فصدقه المودَعُ) فى دعواه (لم يؤمر بالتسليم إليه) ؛ لأنه أقر له بمال الغير، بخلاف الدين ، ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدّقه المودَعُ أمر بالدفع إليه ؛ لأنه لايبقى ماله بعد موته ؛ فقد اتفقا على أنه مال الوارث ، ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودَعُ لم يؤمر بالدفع إليه ؛ لأنه ما دام حيا كان إقرارًا بملك الغير ، هداية .

كتاب الكفالة

وجه المناسبة بينها و بين الوكالة أن كلا منهما استعانة بالغير .

(الكفالة) لغة : الضم ، وشرعاً : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة . (١)

وهى (ضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال)وتكون بهما معاً، كما يأتى .

(فالكفالة بالنفس جائزة)؛لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « لزعيم غارم » (٢)

(والمضمون بها إحضار المكفول به) ؛ لأن الحضور لازم على الأصيل ؛ فجاز أن يلتزم الكفيل إحضاره كما فى المال (وتنعقد) كفالة النفس (إذا قال: تكفلت بنفس فلان ، أو برقبته ، أو بروحه، أو بجسده ، أو برأسه) أو ببدنه ، أو بوجهه أو نحو ذلك مما يعبر به عن الكل ، حقيقة أو عرفا ، على مامر فى الطلاق . هداية (أو) قال : كفلت (بنصفه أو بثلثه) أو بجزء شائع منه ، لأن النفس الواحدة

---

(١) يدل على أن الكفالة فى اللغة الضم مطلقا قوله تعالى حكاية عن مريم (وكفلها زكريا) أى ضمها إلى نفسه للقيام بأمرها .

(٢) الزعيم : هو الكفيل ، وفى القرآن الكريم (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)

وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ «ضَمِنْتُهُ ، أَوْ هُوَ عَلَيَّ ، أَوْ إِلَيَّ ، أَوْ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ ، أَوْ قَبِيلٌ » ، فَإِنْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ تَسْلِيمَ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي وَقْتٍ بِعَيْنِهِ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ بِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَإِلاَّ حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يُحْضِرَهُ ، وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَانٍ يَقْدِرُ الْمَكْفُولُ لَهُ عَلَى مُحَاكَمَتِهِ بَرِئَ الْكَفِيلُ مِنَ الْكَفَالَةِ ، وَإِذَا تَكَفَّلَ بِهِ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي فَسَلَّمَهُ فِي السُّوقِ بَرِئَ ، وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي بَرِّيَّةٍ لَمْ يَبْرَأْ ،

في حق الكفالة لا تتجزأ ؛ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها (وكذلك إن قال : ضمنته ، أو هو علىّ ، أو إلىّ) أو عندى ؛ لأنها صيغ الالتزام (أو أنا به زعيم) أى كفيل (أو قبيل) هو بمعنى الزعيم ، بخلاف ما إذا قال : أنا ضامن بمعرفته ؛ لأنه التزم المعرفة دون المطالبة . هداية (فإن شرط) الأصيل (والكفالة تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه) أى لزم الكفيلَ (إحضارُه)أى إحضار المكفول به (إذا طالبه به) الأصيل (فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه كالدين المؤجل إذا حلّ (فإن أحضره) فبها ، لأنه وفى ما عليه (وإلا) أى : وإلا يحضره (حبسه الحاكم)لامتناعه عن إيفاء حق مستحق، ولكن لا يحبسه أول مرة لعله لم يدر لماذا دعى ، ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه ، فإن مضت ولم يحضره حبسه ، لتحقق الامتناع عن إيفاء الحق . هداية (وإن أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له على محاكمته) كالمصر ، سواء قبله أو لم يقبله (برىء من الكفالة)لأنه أتى بما التزمه ، إذ لم يلتزم التسليم إلا مرة واحدة (وإذا تكفل به على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برىء) أيضاً ، لحصول المقصود ، لأن المقصود من شرط التسليم فى مجلس القاضى إمكان الخصومة وإثبات الحق ، وهذا حاصل متى سلمه فى المصر ، لأن الناس يعاونونه على إحضاره إلى القاضى ، فلا فائدة فى التقييد ، وقيل : لا يبرأ فى زماننا ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع ، لا على الإحضار ، فكان تقييده مفيداً . هداية وفى الدر عن ابن مَلَك : وبه يفتى فى زماننا ، لتهاون الناس . اهـ (وإن سلمه فى برية لم يبرأ) ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها ، فلم يحصل المقصود ، وكذا

وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِىءَ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ مِنَ الْكَفَالَةِ ، فَإِنْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ فِى وَقْتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ وَلَمْ يُحْضِرْهُ فِى ذَلِكَ الْوَقْتِ لَزِمَهُ ضَمَانُ الْمَالِ وَلَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ. وَلا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالا : يَجُوزُ. وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَجَائِزَةٌ مَعْلُوماً كَانَ الْمَالُ الْمَكْفُولُ بِهِ أَوْ مَجْهُولاً

إذا سلمه فى سواد ، لعدم قاض يفصل الحكم فيه ، ولو سلم فى مصر آخر غير المصر الذى كفل به برىء عند أبى حنيفة ، للقدرة على الخصمة فيه ؛ وعندهما لا يبرأ ، لأنه قد يكون شهوده فيما عيّنه ، ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه . هداية (وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة) ؛ لأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل ؛ لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول به بنفسه ، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب ، بخلاف الكفيل بالمال ، ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل ، وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت . هداية . (وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به فى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف) مثلا (فلم يحضره فى) ذلك (الوقت) المعين (لزمه ضمان المال) لأنه علّق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصح (ولم يبرأ من الكفالة بالنفس) لعدم التنافى .

(ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة) قال فى الهداية : معناه لا يجبر عليها عندهُ ، وقالا : يجبر فى حد القذف ، لأن فيه حق العبد ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى . اهـ . قال فى التصحيح – بعد ماذكر عبارة الهداية – فسره بذلك لأن الإسبيجابى قال : المشهور من قول علمائنا أن الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص جائزة فى اختيار المطلوب ، أما القاضى لا يجبره على إعطاء الكفيل ، وقال أبو يوسف ومحمد : يؤخذ منه الكفيل ابتداء ، واختار قول الإمام النسفى والمحبوبى وغيرهما . اهـ .

(وأما الكفالة بالمال فجائزة ، معلوما كان المال المكفول به أو مجهولا) ؛

إِذَا كَانَ دَيْناً صَحِيحاً ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : تَكَفَّلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ ، أَوْ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ ، أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا الْبَيْعِ ، وَالْمَكْفُولُ لَهُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ طَالَبَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ ، وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ كَفِيلَهُ .

وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مَا بَايَعْتَ فُلَاناً فَعَلَيَّ ، أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ ، أَوْ مَا غَصَبَكَ فَعَلَيَّ ،

لأن معنى الكفالة على التوسع ؛ فتتحمل فيها الجهالة (إذا كان) المكفول به (ديناً صحيحاً) وهو : الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، واحترز به عن بدل الكتابة ، وسيأتى ، وذلك (مثل أن يقول : تكفلت عنه بألف) مثال المعلوم ، ومثال المجهول قوله : (أو بمالك عليه ، أو بما يدركك فى هذا البيع) ويسمى هذا ضمان الدرك (والمكفول له بالخيار) فى المطالبة : (إن شاء طالب الذى عليه الأصل) ويسمى الأصيل ، (وإن شاء طالب كفيله) ؛ لأن الكفالة ضَمُّ ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، كما مر ، وذلك يقتضى قيام الأول ، لا البراءة عنه ؛ إلا إذا شرط فيه البراءة ؛ فحينئذ ينعقد حوالةً اعتباراً للمعنى ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ، ولو طالب أحدَهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما . هداية .

(ويجوز تعليق الكفالة بالشرط) الملائم لها ، وذلك بأن يكون سبباً لثبوت الحق (مثل أن يقول : ما) بمعنى إن ، أو موصولة والعائد محذوف ، أى إن (بايعت) أو الذى بايعت به (فلانا فعلى ، أو ماذاب) أى ثبت (لك عليه فعلى ، أو ماغصبك فعلى) وكذا قوله لامرأة الغير : كفلت لك بالنفقة أبداً مادامت الزوجية . خانية . أو يكون شرطاً لإمكان الاستيفاء ، مثل : إن قدم فلان فعلىّ ماعليه من الدين ، أو شرطا لتعذره ، نحو : إن غاب عن المصر ؛ فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها ، ولا يصح تعليقها بغير الملائم ـ نحو : إن هبت الريح ، أو جاء المطر ـ فتبطل الكفالة به ، لأنه تعليق بالخطر ، وما فى الجوهرة تبعا للهداية من أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ، قال الزيلعى : هذا

وَإِذَا قَالَ : تَكَفَّلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ ، فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ ضَمِنَهُ الْكَفِيلُ ، فَإِنْ لَمْ تَقُمِ الْبَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرِفُ بِهِ ، فَإِنِ اعْتَرَفَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى كَفِيلِهِ . وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا يُؤَدِّيهِ

سهو ، فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه ؛ لأن الشرط غير ملائم ، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ، ذكره قاضيخان وغيره . هـ . وكذا حقق المحقق ابن الهمام (وإذا قال) الكفيل : (تكفلت بما لك عليه ، فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالبينة كالثابت مُعَايَنةً فيتحقق ماعليه ، فصح الضمان به (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار مايعترف به) ،لأنه منكر الزيادة ، والقول قول المنكر بيمينه (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك) الذى اعترف به الكفيل (لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ، ولا ولاية له عليه ، ويصدق فى حق نفسه ، لولايته عليها .

(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه ، وبغير أمره) لأنه التزام المطالبة،وهو تصرف فى حق نفسه، وفيه نفع للطالب، ولاضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره (فإن) كان (كفل بأمره رجع) الكفيل (بمايؤدى عليه) : أى على الأصيل ؛ لأنه قضى دينه بأمره ، وهذا إذا أدى مثل الذى ضمنه قدراً وصفة ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لا بما أدى ، كما إذا تكفل بصحاح أو جياد فأدى مكسرة أو زيوفاً وتجوّزَ بها الطالب ، أو أعطاه دنانير أو مكيلا أو موزوناً رجع بما ضمن : أى بالصحاح أو الجياد ، لأنه ملك الدين بالأداء ، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى ، لأنه لم يجب عليه شىء حتى يملك الدين بالأداء ، جوهرة (وإن) كان (كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) ؛ لأنه متبرع بأدائه .

وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ بِالْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ ، فَإِنْ لُوزِمَ بِالْمَالِ كَانَ لَهُ أَنْ يُلَازِمَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ حَتَّى يُخَلِّصَهُ ، وَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْمَكْفُولَ عَنْهُ أَوِ اسْتَوْفَى مِنْهُ بَرِئَ الْكَفِيلُ ، وَإِنْ أَبْرَأَ الْكَفِيلَ لَمْ يَبْرَأِ الْمَكْفُولُ عَنْهُ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ بِشَرْطٍ ، وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، وَإِذَا تَكَفَّلَ عَنِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ جَازَ ، وَإِنْ

(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الذى كفله عنه (قبل أن يؤديه عنه) ، لأنه لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء كما مر (فإن لوزم) الكفيل (بالمال) المكفول به (كان له أن يلازم المكفول عنه) وإن حبس به كان له أن يحبسه (حتى يخلصه) ، لأنه لم يلحقه مالحقه إلا من جهته فيجازى بمثله (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل) ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل (وإن أبرأ) الطالب (الكفيل لم يبرإ المكفول عنه) ، لبقاء الدين عليه ، وكذا إذا أخر الطالبُ عن الأصيل تأخر عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يتأخر عن الأصيل ، هداية .

(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط) كما إذا جاء غد فأنت برىء منها ، لأن فى الإبراء معنى التمليك كالإبراء عن الدين ، قال فى الهداية : ويروى أنه يصح ، لأن عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح ، فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق ، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد ، بخلاف براءة الأصيل . اهـ .

(وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) قال فى الهداية : معناه بنفس الحد ، لا بنفس مَنْ عليه الحد ، لأنه يتعذر إيجابه عليه ، لأن العقوبة لا تجرى فيها النيابة . اهـ .

(وإذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز) ، لأنه دين كسائر الديون (وإن

تَكَفَّلَ عَنِ الْبَائِعِ بِالْمَبِيعِ لَمْ يَصِحَّ ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ فَإِنْ كَانَتْ بِعَيْنِهَا لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ عَيْنِهَا جَازَتِ الْكَفَالَةُ ، وَلاَ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ إلاَّ بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ، إلاَّ فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهِيَ أَنْ يَقُولَ الْمَرِيضُ لِوَارِثِهِ : تَكَفَّلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ فَتَكَفَّلَ بِهِ مَعَ غَيْبَةِ الْغُرَمَاءِ ، وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلَى اثْنَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنِ الآخَرِ فَمَا أَدَّى أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى

تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح) ، لأنه مضمون بغيره ــ وهو الثمن ــ والكفالة بالأعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها كالمبيع فاسداً والمقبوض على سَوْم الشراء والمغصوب (ومن استأجر دابة ليحمل عليها) أو عبداً للخدمة (فإن كانت الإجارة) لدابة (بعينها) أو عبد بعينه (لم تصح الكفالة بالحمل) عليها والخدمة بنفسه ، لأن الكفيل يعجز عن ذلك عند تعذره بالموت ونحوه (وإن كانت) لدابة (بغير عينها) وعبد بغير عينه (جازت الكفالة) ، لأن المستحق حينئذ مقدور للكفيل .

(ولا تصح الكفالة) بنوعيها (إلا بقبول المكفول له فى مجلس العقد) قال فى التصحيح : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يجوز إذا بلغه فأجاز ، والمختار قولهما عند المحبوبى والنسفى وغيرهما (إلا فى مسألة واحدة ، وهى أن يقول المريض) الملىء (لوارثه : تكفل عنى بما علىّ من الدين ، فتكفل به) الوارث (مع غيبة الغرماء) فإنه يصح اتفاقاً ، استحساناً ؛ لأن ذلك فى الحقيقة وصية ، ولذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم ، وشرط أن يكون مليئا قال فى الهداية : ولو قال المريض ذلك لأجنبى اختلف المشايخ فيه . اهـ . قال فى الفتح : والصحة أَوْجَهُ .

(وإذا كان الدين على اثنين كل واحد منهما كفيل ضامن عن الآخر) بأمره (فما أدى أحدهما) من الدين الذى عليهما (لم يرجع به على شريكه حتى

يَزِيدَ مَا يُؤَدِّيهِ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ، وَإِذَا تَكَفَّلَ اثْنَانِ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ بِنِصْفِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيراً ، وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، حُرٌّ تَكَفَّلَ بِهِ أَوْ عَبْدٌ ،

وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئاً فَتَكَفَّلَ رَجُلٌ عَنْهُ لِلْغُرَمَاءِ لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : تَصِحُّ

يزيد ما يؤديه على النصف) لتحقق النيابة (فيرجع بالزيادة) ، لأن الأداء إلى النصف قد تعارض فيه جهة الأصالة وجهة الكفالة ، والإيقاع عن الأصالة أولى ؛ لما فيه من إسقاط الدين والمطالبة جميعاً ، بخلاف الكفالة فإنه لادين على الكفيل (وإذا تكفل اثنان عن رجل بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) الآخر (فما أداه أحدهما يرجع بنصفه على شريكه ، قليلا كان) ما أداه (أو كثيراً) قال في الهداية : ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون كفالة بالكل عن الأصيل ، وبالكل عن الشريك ؛ لأن ما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما ، إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض ، بخلاف ماتقدم . اه .

(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة ، حر تكفل به أو عبد) لما مر من أن شرط صحة الكفالة بالمال أن يكون ديناً صحيحاً ، وهو : مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، والمكاتب لو عجز سقط دينه .

* * *

(وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل رجل) وارثا كان أو غيره (عنه للغرماء) بما عليه من الديون (لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة) ؛ لأن الدين سقط بموته مفلساً ، فصار كما لو دفع المال ثم كفل به إنسان (وقالا : تصح) الكفالة ؛ لأنه كفل بدين ثابت ولم يوجد المُسْقِط ، ولهذا يبقى في الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح ، قال في التصحيح : واعتمد قول الإمام المحبوبي والنسفي

كتاب الحوالة

الْحَوَالَةُ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ، وَتَصِحُّ بِرِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ لَهُ وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ ،

وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي وغيرهم . اهـ . قيد بكونه لم يترك شيئاً لأنه لو ترك ما يفي ببعض الدَّيْنِ صح بقَدْره كما في ابن ملك .

كتاب الحوالة

مناسبتها للكفالة من حيث إن كلا منهما التزام بما على الأصيل ، و يستعمل كل منهما موضع الآخر ، كما مر .

(الحوالة) لغة : النَّقْلُ ، وشرعاً : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وهي (جائزة بالديون) دون الأعيان ؛ لأنها تُنْبِئُ عن النقل ، والتحويل في الدين لا في العين . هداية (وتصح) الحوالة (برضا المحيل) وهو المديون ؛ لأن ذوي المروءات قد يستنكفون عن تحمل ما عليهم من الدين (و المحتال له) وهو الدائن ؛ لأن فيه انتقال حقه إلى ذمة أخرى ، والذمم متفاوتة (والمحال عليه) وهو من يَقْبَلُ الحوالة ؛ لأن فيها إلزام الدين ، ولا إلزام بلا التزام . ولا خلاف إلا في الأول ، قال في الزيادات : الحوالة تصح بلا رضا المحيل ؛ لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه ، و المحيل لا يتضرر ، بل فيه منفعة ؛ لأن المحتال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره . درر .

(وإذا تمت الحوالة) باستيفاء ما ذكر (برىء المحيل من الدين) على المختار وقال زفر : لا يبرأ ، اعتباراً بالكفالة ؛ لأن كل واحد منهما عقدُ توثق، ولأئمتنا أن الحوالة للنقل لغةً ، والدين متى انتقل من الذمة لا يبقى فيها ، بخلاف الكفالة فإنها الضم ، و الأحكام الشرعية وفاق المعاني اللغوية ؛ والتوثق باختيار الأملأ

وَلَمْ يَرْجِعِ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلاَّ أَنْ يَتْوَى حَقُّهُ ، وَالتَّوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ : إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلاَ بَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِساً . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : هٰذَانِ وَوَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِإِفْلاَسِهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ،

وَإِذَا طَالَبَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ فَقَالَ الْمُحِيلُ « أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ » لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ ، وَإِنْ طَالَبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ

والأحسن قضاء (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى) بالقصر — يهلك (حقه) ؛ لأن براءته مقيدة بسلامة حقه ؛ إذ هو المقصود (والتوى عند أبي حنيفة أحد أمرين) فقط : (إما أن يجحد) المحالُ عليه (الحوالة ويحلف) على ذلك (ولا بينة) للمحتال ولا للمحيل لإثباتها (عليه ، أو) بأن (يموت مفلساً) ؛ لأن العجز عن الوصول إلى حقه يتحقق بكل منهما ، وهو التوى حقيقة (وقالا : هذان) الأمران (ووجه ثالث ، وهو : أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) لعجزه عن الأخذ منه وقَطْعه عن ملازمته ، ولأبي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته ، وتعذُّرُ الاستيفاء لا يوجب الرجوع ، كما لو تعذر بغيبته ، بخلاف موته ؛ لخراب الذمة قال في التصحيح : ومشى على قوله النسفي ورجح دليله . اهـ. قال شيخنا : وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيحُ قول الإمام ، ولم أر من صحح قولهما . اهـ .

* * *

(وإذا طالب المحالُ عليه المحيلَ بمثل مال الحوالة) الذي أحال به عليه ودفعه إلى المحتال (فقال المحيل) : إنما (أحلت بدين) كان (لي عليك ؛ لم يقبل قوله) : أي قول المحيل في دعوى الدين السابق (وكان عليه مثل الدين) الذي كان أحال به ؛ لأن سبب الرجوع قد تحقق — وهو قضاء دينه بأمره — والحوالة ليست بإقرار بالدين لصحتها بدونه ، غير أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو منكر ، والقول قول المنكر (وإن طالب المحيل المحتال بما) كان (أحاله به) مدعياً وكالته بقبضه

فَقَالَ : إِنَّمَا أَحَلْتُكَ لِتَقْبِضَهُ لِي ، وَقَالَ الْمُحْتَالُ : بَلْ أَحَلْتَنِي بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ .

وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ ، وَهُوَ : قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ أَمْنَ خَطَرِ الطَّرِيقِ .

كتاب الصلح

الصُّلْحُ

(فقال : إنما أحلتك) أى وكلتك بالدين الذى عليه (لتقبضه لى ، وقال المحتال : بل أحلتنى بدين) كان (لى عليك ، فالقول قول المحيل) لأن المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ، ولفظ الحوالة مستعمل فى الوكالة فيكون القول قوله بيمينه، هداية .

(ويكره السفاتج ، وهو قرض[1] استفاد به المقرض أمن خطر الطريق) . وصورته كما فى الدرر : أن يدفع إلى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه إلى صديقه فى بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، اهـ . قال فى الهداية : وهذا نوع نفع استفيد به ؛ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعاً . اهـ .

كتاب الصلح

وجه المناسبة لما قبله هو أن فى كل من الوكالة والكفالة والحوالة مساعدة لقضاء الحاجة ، وكذا الصلح ، فتناسبا .

(الصلح) لغة : اسم المصالحة، بمعنى المسالمة بعد المخالفة ، وشرعا: عقد يرفع النزاع

(١) السفاتج : جمع سفتجة ــ بضم السين وفتح التاء بينهما فاء ساكنة ــ وهى الورقة قال فى الجوهرة : « وصورته أن يقول التاجر : أقرضتك هذه الدراهم بشرط أن تكتب الى كتابا الى وكيلك ببلد كذا ، فيجيبه الى ذلك ، وأما إذا أعطاه من غير شرط وسأله ذلك ففعل فلا بأس به . وإنما يكره إذا كان أمن خطر الطريق مشروطا ؛ لأنه نوع نفع استفيد بالقرض . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة » اهـ . وفى الفتاوى الصغرى وغيرها « إن كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، وإلا جاز ، وصورة الشرط ــ كما فى الواقعات ــ رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به الى بلد كذا فإنه لا يجوز ، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز » اهـ ومن هذا تفهم أن شرط الكراهة أو عدم الجواز شيئان : الأول : أن يدفع المال فى بلده قرضا لمن يكتب له ؛ فلو دفعه إليه أمانة لم يكره ولم يفسد . والثانى : أن يشترط عليه فى عقد القرض أن يكتب له به الى البلد الأخرى ؛ فلو لم يشترط ذلك لم يكره .

عَلَى ثَلاَثَةِ أَضْرُبٍ : صُلْحٌ مَعَ إِقْرَارٍ ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ وَهُوَ أَنْ لاَ يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلاَ يُنْكِرَهُ ، وَصُلْحٌ مَعَ إِنْـكَارٍ ، وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ .

فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ اعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِى الْبِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ ، وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ فَيُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ .

وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْـكَارِ فِى حَقِّ الْمُدَّعَى

ويقطع الخصومة . وركنه : : الإيجاب والقبول ، وشرطه : العقل ، وكذا البلوغ والحرية إلا مع الإذن والنفع ، وكون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج إلى قبضه ، وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه : مالا كان أو غيره ، معلوما كان أو مجهولا .

وهو (على ثلاثة أضرب) أى أنواع ؛ لأنه إما (صلح مع إقرار) من المدعى عليه (و) إما (صلح مع سكوت) منه (وهو أن لا يقر المدعى عليه) بالمدعى به (ولا ينكره ، و) إما (صلح مع إنـكار) له (وكل ذلك) المذكور (جائز) بحيث يثبت الملك للمدعى فى بدل الصلح ، وينقطع حق الاسترداد للمدعى عليه ؛ لأنه سبب لرفع التنازع المحظور ، قال تعالى : « ولا تنازعوا » فـكان مشروعا .

(فإن وقع الصلح عن إقرار) من المدعى عليه (اعتبر فيه) : أى الصلح (ما يعتبر فى البياعات إن وقع) الصلح (عن مال بمال) لوجود معنى البيع — وهو مبادلة المال بالمال — فى حق المتعاقدين بتراضيهما ؛ فتجرى فيه الشفعة إذا كان عقارا ، ويرد بالعيب ، ويثبت فيه خيار الشرط ، ويفسده جهالة البدل ؛ لأنها هى المُفْضِية إلى المنازعة ، دون جهالة المصالح عنه ؛ لأنه يسقط ، ويشترط القدرة على تسليم البدل . هداية (وإن وقع) الصلح (عن مال بمنافع) كخدمة عبد وسكنى دار ، وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة من جنس آخر (فيعتبر) فيه ما يعتبر (بالإجارات) لوجود معنى الإجارة — وهو تمليك المنافع بمال — والاعتبار فى العقود لمعانيها ؛ فيشترط التوقيت فيها ، ويبطل بموت أحدهما فى المدة ؛ لأنه إجارة . هداية .

(و) أما (الصلح) الواقع (عن السكوت والإنـكار) فهو (فى حق المدعى

عَلَيْهِ لِافْتِدَاءِ الْيَمِينِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ لَمْ تَجِبْ فِيهَا شُفْعَةٌ ، وَإِذَا صَالَحَ عَلَى دَارٍ وَجَبَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ ، وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ فَاسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمُصَالَحِ عَنْهُ رَجَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنَ الْعِوَضِ ، وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ فَاسْتُحِقَّ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ رَجَعَ الْمُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ وَرَدَّ الْعِوَضَ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ ذَلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَإِنِ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ لَمْ يُبَيِّنْهُ فَصُولِحَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى شَيْءٍ ثُمَّ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الدَّارِ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ الْعِوَضِ ، لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِيمَا بَقِيَ .

عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة) ؛ لأنه فى زعمه أنه مالك لما فى يده (وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة) ؛ لأنه فى زعمه يأخذ عوضا من حقه ؛ فيعامل كل على معتقده و يجوز أن يختلف العقد بالنسبة كما فى الإقالة وقدم (و إذا صالح)المدعى عليه (عن دار) بإنكار أو سكوت (لم تجب فيها شفعة)لأنه يزعم أنه لم يملكها بالصلح، وقول المدعى لا ينفذ عليه (و إذا صالح)عما ادعى عليه به(على دار) له(وجبت فيها الشفعة) لأن الآخذ يزعم أنه ملكها بعوض فتلزمه الشفعة بإقراره و إن كان المدعى عليه يكذبه .

(وإذا كان الصلح عن إقرار فاستحق بعض)المدعى به(المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك) المستحق (من العوض) المصالح به ؛ لما مر أن الصلح مع الإقرار كالبيع ، وحكم الاستحقاق فى البيع كذلك (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه) كله (رجع المدعى بالخصومة) على المستحق (ورد العوض) المصالح به ؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض للمدعى إلا ليدفع خصومته عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له ، فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده (وإن استحق بعض ذلك) المتنازع فيه (رد حصته ورجع بالخصومة فيه) على المستحق ؛ اعتباراً للبعض بالكل (وإن ادعى) المدعى (حقا فى دار لم يبينه) بنسبة إلى جزء شائع ، أو إلى جهة مخصوصة، أو مكان معين منها (فصولح من ذلك)أى عن ذلك الحق (على شىء ثم استحق بعض الدار) المدعى فيها الحق (لم يرد شيئا من العوض) المصالح به؛ (لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقى)

وَالصُّلْحُ جَائِزٌ مِنْ دَعْوَى الْأَمْوَالِ وَالْمَنَافِعِ وَجِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ ، وَلاَ يَجُوزُ مِنْ دَعْوَى حَدٍّ .

وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجْحَدُ فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بَذَلَتْهُ حَتَّى يَتْرُكَ الدَّعْوَى جَازَ وَكَانَ فِي مَعْنَى الْخُلْعِ ، وَإِنِ ادَّعَتِ امْرَأَةٌ نِكَاحًا عَلَى رَجُلٍ فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا لَمْ يَجُزْ ، وَإِن ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ جَازَ ، وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي فِي مَعْنَى الْعِتْقِ عَلَى مَالٍ

بخلاف ما إذا استحق كله ؛ لأنه يَعْرَى العوض عما يقابله .

(والصلح جائز من دعوى الأموال) ، لأنه فى معنى البيع كما مر (والمنافع) لأنها تملك بالإجارة فكذا بالصلح (وجناية العمد والخطأ) فى النفس وما دونها أما الأول فلأنه حق ثابت فى المحل ؛ فجاز أخذ العوض عنه ، وأما الثانى فلأن موجبه المال ، فيصير بمنزلة البيع ، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعا ، فلا يجوز إبطاله ، فترد الزيادة ، بخلاف الأول حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يقوم بالعقد (ولا يجوز) الصلح (من دعوى حد) ؛ لأنه حق الله تعالى ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره .

(وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد) دعواه (فصالحته على مال بذلته) له (حتى يترك الدعوى جاز) الصلح (وكان) ذلك (فى معنى الخلع) فى جانبه ، لزعمه أن النكاح قائم ، ولدفع الخصومة فى جانبها (وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل) وهو يجحد (فصالحها على مال بذله) لها (لم يجز) الصلح ، لأنه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن جعل فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان قبل الدعوى ؛ وعلى كل لا شىء يقابله العوض فلم يصح ، وفى بعض النسخ « جاز » ووجهه أن يجعل زيادة فى مهرها ، كذا فى الهداية ، قال فى التصحيح نقلا عن الاختيار : الأول أصح (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه) المدعى عليه (على مال أعطاه) إياه (جاز ، وكان) ذلك الصلح (فى حق المدعى فى معنى العتق على مال) ، لزعمه أنه ملكه ، وكذا فى حق المدعى

وَ كُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ جِيَادٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ وَصَارَ كَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ وَأَخَذَ بَاقِيَهُ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ جَازَ وَصَارَ كَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الْحَقِّ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَّةٍ لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَمْ يَجُزْ .

عليه إن كان الصلح عن إقرار ، ويثبت الولاء ، و إلا كان لدفع الخصومة لزعمه الحرية ، ولا يثبت الولاء إلا أن يقيم المدعى البينة فتقبل و يثبت الولاء .

(وكل شيء وقع عليه) أى عنه (الصلح وهو مستحق بعقد المداينة) التى يدعيها المدعى ، وكان بدل الصلح من جنس مايدعيه (لم يحمل) فيه الصلح (على المعاوضة) لإفضائه إلى الربا الموجب لفساد الصلح (و إنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) تحريا لتصحيحه بقدر الإمكان، وذلك (كمن له على رجل ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة ز يوف جاز) الصلح (و) صار كأنه أبرأه عن بعض حقه واستوفى بعضه، وتجوّز فى قبض الز يوف عن الجياد (و) كذلك (لو صالحه على ألف مؤجلة جاز) أيضاً(وصار كأنه أجَّلَ نفس الحق) ، لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ، فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير) مؤخرة (إلى شهر لم يجز)،لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ، ولا وجه له سوى المعاوضة ، و بيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز و إنما خص المداينة مع أن الحكم فى الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح (ولو كان له ألف مؤجلة فصالحه) عنها (على خمسمائة حالة لم يجز) ، لأن المعجل خير من المؤجل ، وهو غير مستحق بالعقد ؛ فيكون التعجيل بإزاء ماحط عنه وذلك اعتياض عن الأجل ، فلم يجز (و) كذا (لو كان له ألف سود فصالحه) عنها (على خمسمائة بيض لم يجز) أيضاً ، لما مر أنه معاوضة ، بخلاف العكس ، لأنه إسقاط قدر أو صف .

وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلاً بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصالَحَهُ لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ ما صَالَحَ عَلَيْهِ إلاّ أَنْ يَضْمَنَهُ وَالمالُ لازِمٌ لِلمُوَكِّلِ .

فإِنْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَى شَيْءٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ : إِنْ صَالَحَ بِمالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ ، وَكَذَلِكَ لَو قَالَ « صالَحْتُكَ عَلَى أَلْفِي هَذِهِ » تَمَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُها ، وَكَذَلِكَ لَوْ قالَ « صالَحتُكَ عَلَى أَلْفٍ » وَسَلَّمَها ، وَإِنْ قَالَ « صالَحْتُكَ عَلَى أَلْفٍ » وَلَمْ يُسَلِّمْهَا فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ : فَإِنْ أَجَازَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ جازَ وَلَزِمَهُ الأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ .

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه) عن دم العمد أو عن دين على بعضه ليكون إسقاطاً (فصالحه) أى صالح الوكيل المدعِيَ كذلك (لم يلزم الوكيل ماصالح عليه)، لأن الصلح إذا كان إسقاطاً كان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً ، والسفير لاضمان عليه، كما مر (إلا أن يضمنه) ؛ لأنه حينئذ مؤاخَذٌ بعقد الضمان لا بعقد الصلح (والمال) المصالح عليه (لازم للموكل) ؛ لأن العقد يضاف إليه . قيدنا الصلح بدم العمد أو دينٍ ببعضه لأنه إذا كان عن مال بمال فهو بمنزلة البيع ؛ فترجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل . هداية .

(فإن صالح عنه) أى عن المدعى عليه ، فضوليٌّ (على شيء بغير أمره فهو) يقع (على أربعة أوجه) يتم فى ثلاثة منها ، ويتوقف على إجازة الأصيل فى واحد، وقد بين ذلك بقوله : (إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) ، لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة، ويكون الفضوليُّ متبرعاً على المدعى عليه ، كما لو تبرع بقضاء الدين (وكذلك إن قال: صالحتك) عنه (على ألفي هذه، تم الصلح ولزمه تسليمها)؛ لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه ، فصح الصلح (وكذلك لو قال: صالحتك) عنه (على ألف) من غير نسبة (وسلمها) إليه ؛ لأن المقصود ــ وهو سلامة البدل ــ قد حصل ؛ فصح الصلح (وإن قال : صالحتك) عنه (على ألفٍ) من غير نسبة ولا تسليم (ولم يسلمه ؛ فالعقد موقوف) على الإجازة ؛ لأنه عقد فضولى (فإن أجازه) الأصيل وهو (المدعى عليه جاز ولزمه الألف) المصالح بها (وإن لم يجزه بطل) لأن الصلح حاصل له ، إلا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة إضافة

وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِى عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِنِصْفِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبْعَ الدَّيْنِ ، وَلَوِ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَشْرَكَهُ فِيمَا قَبَضَ ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْغَرِيمِ بِالْبَاقِى ، وَلَوِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ ،

الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضفه بقى عاقداً عن الأصيل ؛ فيتوقف على إجازته .

(وإذا كان الدين بين شريكين) بسبب مُتَّحد كثمن مبيع صفقة واحدة، وثمن المال المشترك ، والموروث بينهما ، وقيمة المستهلك المشترك . هداية (فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه) الساكت (بالخيار : إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه) الباقى عنده ؛ لأن نصيبه باقٍ فى ذمته ؛ لأن القابض قبض نصيبه ، لكن له حق المشاركة (وإن شاء أخذ نصف الثوب) المصالح به ، لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مُشَاع ، لأن قسمة الدين حالة كونه فى الذمة لا يصح ، وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين، فيتوقف على إجازته ، وأَخْذُه النصفَ دليل على إجازته العقدَ (إلا أن يضمن له) أى للشريك الساكت (شريكه) المصالح (ربع الدين) ؛ لأن حقه فى ذلك (ولو استوفى) أحد الشريكين (نصف نصيبه من الدين كان لشريكه) الساكت (أن يشركه فيما قبض) ؛ لأنه لما قبضه مَلَكه مشاعا كأصله ، فلصاحبه أن يشاركه فيه، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة ، وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ، ويضمن لشريكه حصته (ثم يرجعان) جميعاً (على الغريم بالباقى) ؛ لأنهما لما اشتركا فى المقبوض بقى الباقى على الشركة (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين) المشترك (سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) ، لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصّة كاملا ؛ لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح ، لأن مبناه على الإغماض والحطيطة ،فلو ألزمناه دفع الدين يتضرر به،فيخير القابض كامر

وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَجُوزُ الصُّلْحُ .

وَإِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ أَوْ عُرُوضٌ جَازَ ، قَلِيلاً كَانَ مَا أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيراً ، وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَباً ، أَوْ كَانَتْ ذَهَباً فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً ، فَهُوَ كَذَلِكَ ،

(وإن كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على) مادفع من (رأس المال) فإن أجازه الآخر جاز اتفاقا ، وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما ، وما بقي من السلم كذلك ، وإن لم يجزهُ (لم يجز) الصلح (عند أبي حنيفة ومحمد) ؛ لأنه لو جاز في نصيب أحدهما خاصة يكون قسمة الدين قبل القبض ، ولو جاز في نصيبهما لابد من إجازة الآخر ؛ لأن فيه فسخ العقد على شريكه بغير إذنه ، وهو لا يملك ذلك (وقال أبو يوسف : يجوز الصلح) اعتباراً بسائر الديون ، قال في التصحيح : وهكذا ذكر الحاكم قولَ محمد مع أبي حنيفة، وهكذا في الهداية ، وفي الإسبيجابي : وقالا يجوز الصلح ، وقول أبي حنيفة هو أصح الأقاويل عند المحبوبي ، وهو المختار للفتوى على ماهو رسم المفتي عند القاضي وصاحب المحيط ، وهو المعول عليه عند النسفي .

(وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمالٍ أعطَوْه إياهُ والتركة عقار أو عروض جاز) ذلك (قليلا كان ما أعطوه أو كثيرا) ؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعاً ، وفيه أثر عثمان رضي الله عنه ؛ فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عَوف رضي الله عنه عن ربع ثُمُنها على ثمانين ألف دينار. هداية .

(وإن كانت التركة فضة فأعطوهُ ذهباً ، أو) بالعكس ، بأن كانت (ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) جائز ، سواء كان ما أعطوه قليلا أو كثيراً ؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يعتبر التساوي ، ولكن يعتبر تقابض البدلين في المجلس ،

وَإِنْ كانَتِ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وفِضَّةً وغيْرَ ذَلِكَ فصالَحُوهُ عَلَى فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ فلابُدَّ أَنْ يَكُونَ ما أعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ حَتَّى يكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ والزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ المِيرَاثِ ، وإِنْ كانَ فى التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فأدْخَلُوهُ فى الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا المُصالَحَ عَنْهُ ويكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ فَالصُّلْحُ باطِلٌ ، فإنْ شَرَطُوا أَنْ يُبْرِىءَ الغُرَمَاءَ مِنْهُ ولا يُرْجَعَ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ المُصَالَحِ فَالصُّلْحُ جائزٌ

كتاب الهبة

لأنه صَرْف (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك) من عروض أو عقار (فصالحوهُ على فضة أو ذهب فلابد) من (أن يكون ما أعطوهُ) من الذهب والفضة (أكثر من نصيبه) من التركة (من ذلك الجنس) المدفوع إليه (حتى يكون نصيبه بمثله) من المدفوع إليه (والزيادة بحقه) أى بمقابلة حقه (من بقية الميراث) احترازاً عن الربا ، ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه ، لأنه صَرْف فى هذا القدر (وإذا كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه) : أى الدين (فى الصلح على أن يُخْرِجوا المصالَحَ عنه ويكون الدين) كله كبقية التركة (لهم فالصلح باطل) فى الدين والعين معاً ؛ لأن فيه تمليك الدين من غير مَنْ عليه الدين ، وهو باطل ، وإذا بطل فى حصة الدين بطل فى الكل ؛ لأن الصفقة واحدة ، وقد ذكر لصحته حيلة فقال : (فإن شرطوا) يعنى المصالحين (أن يبرىء) المخرَجُ (الغرماء منه) أى من حصته من الدين (ولا يرجع) بالبناء للمجهول (عليهم) أى على الغرماء (بنصيب المصالح فالصلح جائز) ، لأنه إسقاط ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين ، وهو جائز . هداية . ثم قال : وهذه حيلة الجواز ، والأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين ، وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة ؛ فالأوْجَهُ أن يقرضوا المصالَحَ مقدار نصيبه ، ويصالحوا عما وراء الدين ، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، اهـ .

كتاب الهبة

وجه المناسبة لماقبله مر من أن فى الصلح مساعدة لقضاء الحاجة وكذا فى الهبة فتناسبا

الْهِبَةُ تَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَتَتِمُّ بِالْقَبْضِ ، فَإِذَا قَبَضَ الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ جَازَ ، وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لَمْ تَصِحَّ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ .

وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ ، وَنَحَلْتُ ،وَأَعْطَيْتُ،وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ

(الهبة) لغة : التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب مطلقاً ، وشرعاً : تمليك عين بلا عوض ، و (تصح بالإيجاب والقبول) ، لأنها عقد كسائر العقود ، إلا أن الإيجاب من الواهب ركن ، والقبول ليس بركن استحساناً ، خلافاً لزفر كما فى الفيض ، وفى الدرر: قال الإمام حميد الدين: ركن الهبة الإيجاب فى حق الواهب، لأنه تبرع فيتم من جهة المتبرع ، أما فى حق الموهوب له فلا تتم إلا بالقبول . اهـ . وفى الجوهرة : وإنما عبر هنا بتصح وفى البيع ينعقد لأن الهبة تتم بالإيجاب وحده ، ولهذا لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له حنث ، أما البيع فلا يتم إلا بهما جميعاً . اهـ .

ثم لا ينفذ ملك الموهوب له (وتتم) الهبة له إلا (بالقبض) الكامل الممكن فى الموهوب ، فالقبض الكامل فى المنقول ما يناسبه ، وكذا العقار كقبض المفتاح أو التخلية ، وفيما يحتمل القسمة بالقسمة ، وفيما لا يحتملها بتبعية الكل ، وتمامه فى الدرر (فإن قبض الموهوب له) الهبة (فى المجلس بغير أمر الواهب) ولم ينهه (جاز) استحساناً ، لأن الإيجاب إذنٌ له بالقبض دلالة (و إن قبض بعد الافتراق لم تصح) الهبة ؛ لأن القبض فى الهبة منزل منزلة القبول ، والقبول مختص بالمجلس ، فكذا ما هو بمنزلته بالأولى (إلا أن يأذن له الواهب فى القبض) لأنه بمنزلة عقد مستأنف .قيدنا بعدم نهيه لأنه لو نهاه عن القبض لم يصح قبضه ، سواء كان فى المجلس أو بعده ، لأن الصريح أقوى من الدلالة .

(وتنعقد الهبة بقوله : وهبت ، ونحلت ، وأعطيت) ، لأن الأول صريح فى ذلك ، والثانى والثالث مستعملان فيه (و) كذا (أطعمتك هذا الطعام) ، لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال

وَجَعَلْتُ هَذا الثَّوْبَ لَكَ ، وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْء ، وحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ ، إِذَا نَوَى بِالْحُمْلاَنِ الْهِبَةَ .

ولاَ تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِلاَّ مَحُوزَةً مَقْسُومَةً .

وهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لاَ يُقْسَمُ جَائِزَةٌ .

وَمَنْ وَهَبَ شِقْصاً مُشَاعاً فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ ، فإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ .

ولَوْ وَهَبَ دَقِيقاً فِي حِنْطَةٍ أَوْ دُهْناً فِي سِمْسِمٍ فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ ، فإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ

« أطعمتك هذه الأرض » حيث تكون عارية ، لأن عينها لا تطعم (وجعلتُ هذا الثوب لك) لأن اللام للتمليك (وأعمرتك هذا الشيء) وكذا « جعلت هذا الشيء لك عمرى » وسيأتى بيانه (وحملتك على هذه الدابة ، إذا نوى بالحملان) عليها (الهبة) ؛ لأنه ليس بصريح فيها ، إذ هو الإركابُ حقيقة ، فيكون عارية ، لكنه يحتمل الهبة فيحمل عليه عند نيته .

(ولا تجوز الهبة فيما يقسم) أى يمكن قَسْمُه و يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة ولو من الشريك (إلا محوزة) : أى مجموعة مفرغة عن ملك الواهب وحقوقه ، واحترز به عما إذاوهب التمر على النخل دونه ، والزرع فى الأرض دونها (مقسومة) ؛ لأن القبض الكامل ممكن فيه بالقسمة ؛ فلا يكتفى بالقاصر .

(وهبة المشاع فيما لا يقسم) : أى لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلا كعبد ودابة ، أو لا يبقى منتفعاً به من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالحمام الصغير والرحى (جائزة) ؛ لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به .

(ومن وهب شقصا) أى جزءا (مشاعا) فيما يحتمل القسمة (فالهبة فاسدة) ؛ لما مر (فإن قسمه) أى قسم الشقص الموهوب (وسلمه) إلى الموهوب له (جاز) ذلك ؛ لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شُيُوعَ .

(ولو وهب دقيقاً فى حنطة أو دهناً فى سمسم) أو سمنا فى لبن (فالهبة فاسدة) أى باطلة ؛ ولذا قال : (فإن طحن) الحنطة (وسلم) الدقيق ، أو أخرج الدهن

لم يجز .

وَإِذَا كانَتِ الْعَيْنُ فى يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهِبَةِ ، وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فيهَا قَبْضاً ، وَإِذَا وَهَبَ الأبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الابْنُ بِالْعَقْدِ ، فإِنْ وَهَبَ لَهُ أجْنَبِيٌّ هِبَةً تَمَّتْ بِقَبْضِ الأب ، وَإِذَا وُهِبَ

من السمسم ، أو السمن من اللبن ، وسلم للموهوب له (لم يجز) ذلك ؛ لأن الموهوب معدوم ، والمعدوم ليس محلا للملك ، فوقع العقد باطلا ، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم ؛ لأن المشاع محل للتمليك ، وهبة اللبن فى الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخل فى الأرض ، والتمر فى النخل — بمنزله المُشَاع ؛ لأن امتناع الجواز للاتصال ، وذلك يمنع القبض كالشائع . هداية .

(وإذا كانت العين)الموهوبة(فى يد الموهوب له ملكها بالهبة) : أى بقبولها (وإن لم يجدد فيها قبضا) جديداً ؛ لأن العين فى قبضته ، والقبض هو الشرط ، بخلاف ما إذا باعه منه ؛ لأن القبض فى البيع مضمون ؛ فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه ، هداية . قال فى الينابيع : يريد به إذا كانت العين فى يده وديعة أو عارية أو مغصوبة أو مقبوضة بالعقد الفاسد، أما لو كانت فى يده رَهْناً فيحتاج إلى تجديد القبض، قال الإسبيجابى: بأن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين و يمضى وقت يتمكن فيه من قبضها ، كذا فى التصحيح (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة) معلومة (ملكها الابن) الموهوب له (بالعقد) لأنه فى قبض الأب ؛ فينوب عن قبض الهبة ، ولا فرق بين ما إذا كان فى يده أو يد مودَعِهِ ، لأن يده كيده ، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوبا أو مبيعا فاسداً ، لأنه فى يد غيره أو فى ملك غيره ، والصدقَةُ فى هذا مثلُ الهبة ، وكذا إذا وهبت له أمُّه وهو فى عيالها والأب ميت ولا وصى له ، وكذلك كل من يعوله ، هداية (فإن وهب له) أى الصغير (أجنبى هبة تمت بقبض الأب) ؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النفع والضرر ، فملكه النافع أولى (وإذا وُهِبَ) بالبناء للمجهول

لِلْيَتِيمِ هِبَةٌ فَقَبَضَهَا لَهُ وَلِيُّهُ جَازَ ، فَإِنْ كَانَ فِى حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِى حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ فَقَبْضُهُ لَهُ جَائِزٌ .

وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الْهِبَةَ بِنَفْسِهِ لَهُ جَازَ .

وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَازَ ، وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدٌ مِنَ اثْنَيْنِ دَارًا لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَصِحُّ .

(لليتيم هبة فقبضها وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه، ثم الجد ، ثم وصيه (له) أى للصغير (جاز) القبض وتمت الهبة ، وإن لم يكن اليتيم فى حجرهم ، وعند عدم هؤلاء تتم بقبض مَنْ هو فى حجره ، كما ذكره بقوله : (فإن كان) اليتيم (فى حجر أمه) أو أخيه أو عمه (فقبضُها) أى الأم ونحوها (له جائز) ، لأن لهؤلاء الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من باب الحفظ ، لأنه لا يبقى إلا بالمال (وكذلك إن كان) اليتيم (فى حجر أجنبى يربيه) ولو ملتقِطاً (فقبضُه له جائز) ، لأن له عليه يداً معتبرة ، ألا يرى أنه لا يتمكن أجنبى آخر أن ينزعه من يده ؛ فيملك ما يتمحَّضُ نفعاً كم حقه .

(وإن قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) إذا كان مميزاً ، لأنه فى النافع المحض كالبالغ ،قال فى الهداية : ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم ونحوها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح ؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة ، ومع حضرة الأب لا ضرورة . اهـ .

(وإن وهب اثنان من واحد داراً) أو نحوها مما يقسم (جاز) ؛ لأنهما سلماه جملة وهو قبضها جملة ؛ فلا شيوع (وإن وهب واحد من اثنين لم يصح عند أبى حنيفة) ؛ لأنها هبة النصف من كل واحد منهما ، فيلزم الشيوع (وقال أبو يوسف ومحمد : يصح) لأنها هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ،قال فى التصحيح : وقد اتفقوا على ترجيح دليل الإمام ، واختار قوله أبو الفضل الموصلى و برهان الأئمة والمحبوبى وأبو البركات النسفى . اهـ . قيد بالهبة لأن الإجارة والرهن والصدقة للاثنين تصح اتفاقا

وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا ، أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، أَوْ تَخْرُجَ الْهِبَةُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا ،

(وإذا وهب هبة لأجنبي) وقبضها الموهوب له (فله) أي الواهب (الرجوع فيها) لأن المقصود بها التعويض للعادة ، فيثبت ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله . هداية ، ثم قال : وقوله « فله الرجوع » لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «العائد في هبته كالعائد في قيئه». اهـ .

ثم ذكر المصنف للرجوع موانع فقال : (إلا أن يعوضه) الموهوب له (عنها) ويقبضه الواهب ، لحصول المقصود ، لكن بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض عن كل هبته كما يأتي قريبا (أو تزيد) العين الموهوبة بنفسها(زيادة متصلة) موجبة لزيادة القيمة كالبناء والغرس والسمن ونحو ذلك ، لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد . قيد بالزيادة لأن النقصان لا يمنع ، وبالمتصلة لأن المنفصلة كالولد والأرش لا تمنع فيرجع بالأصل دون الزيادة ، وقيدنا الزيادة بنفسها لأنها لو كانت بالقيمة لا تمنع ، لأنها للرغبة إذ العين بحالها ، وبالموجبة لزيادة القيمة ، لأنه لو كانت غير موجبة لزيادة القيمة لا تمنع ، لأنها قد توجب نقصا (أو يموت أحد المتعاقدين) ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه . هداية (أو تخرج الهبة من ملك الموهوب له) ، لأنه حصل بتسليط الواهب ، فلا يكون له نقضه ، لأن نقض الإنسان ما تم من جهته مردود ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، وقد تبدل الملك بتجدد السبب ، وفي المحيط : لو ردّه المشترى بعيب إلى الموهوب له ليس للواهب الرجوع ، ولو وهبه لآخر ثم رجع فللأول الرجوع ، ولو وهب دارا فقبضها الموهوب له ثم باع نصفها فللواهب الرجوع في الباقي لخلوه من مانع الرجوع ، كذا في الفيض(وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه)نسبا (فلا رجوع فيها)،

وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ .

وَإِذَا قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ : خُذْ هَذَا عِوَضاً عَنْ هِبَتِكَ ، أَوْ بَدَلاً عَنْهَا ، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا ، فَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ ، وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الْوَاهِبُ الْعِوَضَ سَقَطَ الرُّجُوعُ .

وَإِذَا اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْعِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِى الْهِبَةِ .

لأن المقصود فيها صلة الرحم ، وقد حصل . قيدنا بالمحرم نسباً لأنه لو كان محرما من الرضاع كأخيه رضاعا أو المصاهرة كربيبته وأم امرأته كان له الرجوع (وكذلك) حكم (ما وهب أحد الزوجين للآخر) ؛ لأن المقصود فيها الصلة كما فى القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ، ولو أبانها بعد ما وهب لها فلا رجوع ، هداية .

(وإذا قال الموهوب له للواهب: خذ هذا) الشيء ، سواء كان قليلا أو كثيراً من جنس الموهوب أولا ؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة (عوضاً عن هبتك ،أو بدلا عنها ، أو فى . . . أو نحو ذلك مما هو صريح فى أنه عوض عن جميع هبته (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ؛ لحصول المقصود ، ولو لم يذكر أنه عوض كان هبة مبتدأة ، ولكل منهما الرجوع بهبته ، ولهذا يشترط فيها شرائط الهبة من القبض والإفراز وعدم الشيوع (وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا) ؛ وكذا بأمر الموهوب له بالأولى (فقبض الواهبُ العوضَ سقط الرجوع) ؛ لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبى ، كبدل الخلع والصلح .

(وإذا استحق نصف الهبة) المعوض عنها (رجع) المعوض (بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع) الواهب (فى الهبة) بشيء منها ؛ لأن الباقى يصلح عوضا للكل فى الابتداء ، وبالاستحقاق

إلاَّ أنْ يَرُدَّ ما بَقِيَ مِنَ الْعِوَضِ ثُمَّ يَرْجِعَ .

وَلاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلاَّ بِتَرَاضِيهِمَا ، أوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ .

وَإذَا تَلِفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ فَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ فَضَمَّنَ الْمَوْهُوبَ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ .

وَإذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ اعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِى الْعِوَضَيْنِ ، وَإذَا تَقَابَضَا صَحَّ الْعَقْدُ وَصَارَ فِى حُكْمِ الْبَيْعِ : يُرَدُّ بِالْعَيْبِ ، وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ ، وَتَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ .

ظهر أنه لاعوض إلا هو (إلا) أنه يتخير ، لأنه ماأسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، ولم يسلم له، فكان له (أن يرد مابقى من العوض ثم يرجع) فى هبته لبقائها بغير عوض .

(ولا يصح الرجوع) فى الهبة (إلا بتراضيهما ، أو بحكم الحاكم) للاختلاف فيه ، فيضمن بمنعه بعد القضاء ، لاقبله .

(وإذا تلفت العين الموهوبة) فى يد الموهوب له (فاستحقها مستحق فضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع) الموهوب له (على الواهب بشىء) ، لأنه عقد تبرع ، فلا يستحق فيه السلامة

(وإذا وهب بشرط العوض) المعين (اعتبر) فيه شروط الهبة ، وهى (التقابض فى العوضين) والتمييز وعدم الشيوع ، لأنه هبة ابتداء باعتبار التسمية (فإذا تقابضا) العوضين (صح العقد ، وكان فى حكم البيع) انتهاء لوجود المعاوضة ، فهو (يرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب فيه الشفعة) وهذا إذا قال : وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال : وهبتك بكذا — بالباء — كان بيعاً ابتداء وانتهاء كما فى الدر والدرر . قيدنا العوض بالمعين لأنه لو كان مجهولا يبطل اشتراطه ، فيكون هبة ابتداء وانتهاء

* * *

وَالعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلمُعْمَرِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ .
وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : جَائِزَةٌ .
وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إلاَّ حَمْلَهَا صَحَّتِ الهِبَةُ ، وَبَطَلَ الاِسْتِثْنَاءُ .
وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ : لاَ تَصِحُّ إلاّ بِالقَبْضِ ، وَلاَ تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ، وَإِذَا تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ بِشَيْءٍ جَازَ ، وَلاَ يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الصَّدَقَةِ بَعْدَ القَبْضِ .

(والعمرى) وهى : أن يجعل داره له عمره ، وإذا مات تردُّ عليه ، وهى (جائزة للمعمر) له (حال حياته ، ولورثته من بعده) ، لصحة التمليك، وبطلان الشرط ، لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد .

(والرقبى) وهى أن يقول له : أرقبتك هذه الدار ، أو هذه الدار لك رقبى، ومعناه إن مت قبلك فهى لك ، وإن مت قبلى عادت إلى، وهى (باطلة عند أبى حنيفة) و(محمد) لأنه تعليق التمليك بالخطر ، فإذا سلمها إليه على هذا تكون عارية، له أخذها متى شاء (وقال أبو يوسف) : هى (جائزة) ، لأن قوله «دارى لك» تمليك، وقوله «رقبى» شرط فاسد فيبطل كالعمرى ، قال فى التصحيح : قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما

(ومن وهب جارية إلا حملها) أو على أن يردها عليه، أو يعتقها، أو يستولدها (صحت الهبة) ، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة (وبطل الاستثناء) فى الحمل، لأنه إنما يعمل فى المحل الذى يعمل فيه العقد ؛ وهبة الحمل لا تجوز ، فلا يجوز استثناؤه ، وكذا يبطل الشرط ، لمخالفته مقتضى العقد ، وهو ثبوت الملك مطلقاً .

(والصدقة) على الفقير (كالهبة) لجامع التبرع؛ ولذا (لا تصح إلا بالقبض) لأنها تبرع كالهبة (ولا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة) لما مر (و) لكن (إذا تصدق على فقيرين بشىء) يحتمل القسمة (جاز)، لأن المقصود فى الصدقة هو الله تعالى وهو واحد، والفقير نائب عنه فى القبض كالساعى فى الزكاة (ولا يصح الرجوع فى الصدقة) ولو على غنى استحسانا . هداية (بعد القبض) ؛ لأن المقصود هو الثواب وقد حصل .

وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِجِنْسِ ما تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَمْسِكْ مِنْهُ مِقْدَارَ ما تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ مالاً ، فَإِذَا اكْتَسَبْتَ مالاً تَصَدَّقْ بِمِثْلِ ما أَمْسَكْتَ .

كتاب الوقف

(ومن نذر أن يتصدق بماله تصدق) أى : لزمه أن يتصدق (بجنس ما تجب فيه الزكاة) استحساناً ، والقياس أن يلزمه التصدق بجميع ماله، لأن المال اسم لما يتمول وهو شامل لما تجب فيه الزكاة وغيره، وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة . هداية (ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ، لأنه أعم من لفظ المال ، لأن المال مقيد بإيجاب الشارع ولا تخصيص فى لفظ الملك، فبقى على العموم، والصحيح أنهما سواء لأن الملتزَم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ، هداية . (و) إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب (يقال له : أمسك منه) أى من المال الذى وجب التصدق به (ما) : أى شيئا (تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا) غيره (فإذا اكتسبت مالا تصدق بمثل ما أمسكت)؛ لأن حاجته مقدمة لئلا يقع فى الضرر، ولم تقدر لاختلاف أحوال الناس وقيل : المحترف يمسك قوته ليوم ، وصاحب الغلة لشهر ، وصاحب الضياع لسنة، على حسب التفاوت فى مدة وصولهم إلى المال ، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . هداية .

كتاب الوقف

مناسبته للهبة من حيث إن كلا منهما تبرع بالملك ، وقدمت الهبة لأنها تبرع بالعين و المنفعة جميعاً .

لاَ يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولَ : إِذَا مُتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا . وَقَالَ أَبو يُوسُفَ : يَزُولُ الْمِلْكُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَزُولُ الْمِلْكُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ

وهو لغة : الحبس ، وشرعاً : حبس العين على ملك الواقف والتصدُّقُ بالمنفعة عند الإمام ، وعندهما هو : حبسها على حكم ملك الله تعالى . هداية .

(لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة) : أي لا يلزم ، فيصح الرجوع عنه ، ويجوز بيعه ، كما في التصحيح عن الجواهر (إلا) بأحد أمرين : (أن يحكم به الحاكم) المولّى، لأنه مجتهد فيه ، وصورة الحكم : أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي باللزوم كما في الفيض . قيدنا بالمولى لأن الحكم بتحكيم الخصمين لا يرفع الخلاف على الصحيح ، (أو يعلقه بموته) فيقول : إذا مت فقد وقفت داري مثلا على كذا ، فالصحيح أنه كوصية يلزم من الثلث بالموت لاقبله ، كما في الدر (وقال أبو يوسف : يزول الملك بمجرد القول) في المُشَاع وغيره ، سُلِّم إلى المتولي أولا ، ذكر جهة لا تنقطع أولا ، كما في التصحيح عن الجواهر (وقال محمد : لا يزول الملك حتى) يستوفي أربعة شرائط ، وهي : أن (يجعل للوقف وليا) أي متوليا (ويسلمه إليه) ، وأن يكون مُفْرَزاً ، وأن لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبداً ، بأن يجعل آخره للفقراء كما في التصحيح عن التحفة والاختيار ، ثم قال : قلت : الثالث ليس فيه رواية ظاهرة عنه ، وسيأتي ، اهـ . ثم نقل أن الفتوى على قولهما في جواز الوقف عن الفتاوى الصغرى والحقائق والتتمة والعيون ومختارات النوازل والخلاصة ومنية المفتي وغيرها . ثم قال : ثم إن مشايخ بلخ اختاروا قول أبي يوسف ، ومشايخ بخارى اختاروا قول محمد ، وقد صحح كلا القولين وأفتى به طائفة ممن يعول على تصحيحهم و إفتائهم .

وَ إِذَا صَحَّ الوَقْفُ ـ عَلَى اخْتِلاَفِهِمْ ـ خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِى مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيهِ .

وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِى يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ .

(فإذا استحق) بالبناء للمجهول ـ أى ثبت ، وفى بعض النسخ «صَحَّ» (الوقف على اختلافهم المارّ فى صحته (خرج) الوقف (من ملك الواقف) وصار حَبيساً على حكم ملك الله تعالى (ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) ؛ لأنه لو مَلَكه لما انتقل عنه بشرط الواقف كسائر أملاكه، مع أنه ينتقل بالإجماع ، وقال فى الهداية : وقوله « خرج من ملك الواقف » يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره ، اهـ .

(ووقف المشاع) القابل للقسمة (جائز عند أبى يوسف) ؛ لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ؛ فكذا تتمته (وقال محمد : يجوز) لأن أصل القبض عنده شرط فكذا مايتم به. قيدنا بالقابل للقسمة لأن ما لا يحتمل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد أيضاً ؛ لأنه يعتبره بالهبة ، قال فى التصحيح : وأكثر المشايخ أخذوا بقول محمد ، وفى الفتح عن المنية : الفتوى على قول أبى يوسف ، وفيه عن المبسوط : وكان القاضى أبو عاصم يقول : قول أبى يوسف من حيث المعنى أقوى ، إلا أن قول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، اهـ . ولما كثر المصحح من الطرفين ، وكان قول أبى يوسف فيه ترغيب للناس فى الوقف وهو جهة بر ــ أطبق المتأخرون من أهل المذهب على أن القاضى الحنفى والمقلد مُخَيَّر بين أن يحكم بصحته و بطلانه ، و إذا كان الأكثر على ترجيح قول محمد ، و بأيها حكم صح حكمه ونفذ ،فلايسوغ له ولا لقاض غيره أن يحكم بخلافه كما صرح به غير واحد ، وقال فى البحر : وصَحَّ وقف المشاع إذا قضى بصحته ؛ لأنه قضاء فى مجتَهَد فيه، ثم قال : أطلق القاضى فشمل الحنفى وغيره ؛ فإن للحنفى المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع و بطلانه ؛ لاختلاف الترجيح ، و إذا كان فى المسألة قولان مصححان فإنه يجوز القضاء والإفتاء بأحدهما كما صرحوا به ، اهـ ونحوهُ فى

وَلاَ يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ لِجِهَةٍ لاَ تَنْقَطِعُ أَبَدًا . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا سَمَّى فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ جَازَ ، وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ .

وَيَصِحُّ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلاَ يَجُوزُ وَقْفُ ما يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ جَازَ .

النهر والمنح والدر وغيرها ، لكن صرح بعضهم بأنه ينبغى للقاضى — حيث كان مخيراً — أن يميل إلى قول أبى يوسف و يحكم بالصحة ؛ أخذاً من قولهم : يختار فى الوقف ما هو الأنفع والأصلح للوقف ، ومن أحَبَّ مزيد الاطلاع فعليه برسالتنا « لذة الأسماع ، فى حكم وقف المشاع » .

(ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) بأن يجعل آخره للفقراء ؛ لأن شرط جوازه عندهما أن يكون مؤبداً ؛ فإذا عين جهة تنقطع صار مؤقتاً معنى ؛ فلا يجوز (وقال أبو يوسف : إذ سمى فيه جهة تنقطع جاز، وصار) وقفاً مؤبداً ، وإن لم يذكر التأبيد ؛ لأن لفظ الوقف والصدقة منبىء عنه ، فيصرف إلى الجهة التى سماها مدة دوامها ، و يصرف (بعدها للفقراء و إن لم يسمهم) ولذا قال فى الهداية : وقيل : إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبى يوسف لا يشترط ذكر التأبيد ؛ لأن لفظة الصدقة والوقف منبئة عنه ، ثم قال : ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله « وصار بعدها للفقراء و إن لم يسمهم » ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد ذكر التأبيد شرط ، اهـ .

(و يصح وقف العقار) اتفاقا ؛لأنه متأبد(ولا يجوز وقف ماينقل و يحول) ؛ لأنه لا يبقى ؛ فكان توقيتاً معنى ، وقد ذكرنا أن شرط صحته التأبيد ، قال فى الهداية : وهذا على الإرسال ــ أى الإطلاق ــ قولُ أبى حنيفة (وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها) جمع أكَّار ــ بالتشديد ــ الفلاح : أى عمالها (وهم) أى الأكَرَة (عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراسة ؛لأنه تبع للأرض فى تحصيل ماهو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعاً مالا يثبت مقصوداً كالشِّرْبِ

وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَجُوزُ حَبْسُ الْـكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ ،

فى البيع والبناء فى الوقف ، ومحمد معه فيه ؛ لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول عنده بالوقف فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى ، هداية (وقال محمد : يجوز حبس الـكراع) أى الخيل كما فى الغاية عن ديوان الأدب (والسلاح) قال فى الهداية : وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا ، وهذا استحسان ، ووجهه الآثار المشهورة(١) فيه . قال فى الجواهر : تخصيص أبى يوسف فى الضيعة ببقرها ومحمد فى الـكراع باعتبار أن الرواية جاءت عن أبى يوسف فى الضيعة وعن محمد فى الـكراع نصا

---

(١) الآثار الواردة فى وقف المنقول كثيرة ، منها مارواه الشيخان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بعث عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الصدقات (أى ليجمع الزكاة) فمنع ابن جميل وخالد بن الوليدوالعباس بن عبد المطلب(أى أنهم امتنعوا عن دفع زكاتهم إلى عمر) فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد فإنـكم تظلمون خالداً ، وقد احتبس أدراعه وأعتده فى سبيل الله ، وأما العباس عم رسول الله فهى على ومثلها » . وروى الطبرانى وابن كثير فى تاريخه عن أبى وائل قال : لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال : لقد طلبت القتل فلم يقدر لى إلا أن أموت على فراشى ، وما من عمل أرجى عندى بعد لا إله إلا الله من ليلة بتها وأنا مفترش أنتظر الصبح حتى نغير على الـكفار ، ثم قال : إذا أنا مت فانظروا سلاحى وفرسى فاجعلوه عدة فى سبيل الله . ويدخل فى حـكم الـكراع الإبل ، لأن العرب يغزون عليها ، وقد ورد النص على جواز وقفها ، فقد روى أن أم معقل جاءت إلى رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم فقالت : يارسول الله ، إن أبا معقل جعل ناضحه (هو الجمل يستقى عليه) فى سبيل الله ، وإنى أريد الحج ، أفأركبه ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : « اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله » قال فى الفتح : والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز ، وأما وقفه مقصودا : إن كان كراعا أو سلاحا جاز ، وفيما سوى ذلك : إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لايجوز عندنا ، وإن كان متعارفا — كالجنازة (السرير الذى يحمل عليه الميت) والفأس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأوانى والقدور فى غسل الموتى والمصاحف — قال أبو يوسف : لايجوز ، وقال محمد : يجوز ، وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسى ، اهـ .

وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ، وَلاَ تَمْلِيكُهُ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مُشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبَ الشَّرِيكُ الْقِسْمَةَ فَتَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ .

وَالواجِبُ : أَنْ يُبْدَأَ مِنْ رَيْعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ ، شَرَطَ الوَاقِفُ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَشْرِطْ .

وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ،

لا أن ذكر أبي يوسف لأجل خلاف محمد وذكر محمد لأجل خلاف أبي يوسف اهـ

(وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه) ؛ لخروجه عن ملكه (إلا أن يكون) الوقف (مشاعاً)لجوازه (عند أبي يوسف) كما مر (فيطلب الشريك) فيه (القسمة فتصح مقاسمته) ؛ لأنها تمييز وإفراز ، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة ، إلا أنا في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف ؛ فلم يكن بيعاً ولا تمليكا ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه ؛ لأن الولاية إلى الواقف ، وبعد الموت إلى وصيه ، وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي ، أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ، ثم يشتري ذلك منه ؛ لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِما ومقاسما ، ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز ،لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى جاز ، ويكون بقدر الدراهم شراء ، هداية .

(والواجب أن يبدأ من ريع الوقف) : أي غَلّته(بعمارته)بقدر ما يبقى على الصفة التي وقف عليها ، وإن خرب بني على ذلك ، سواء (شرط الواقف ذلك أو لم يشرط) ، لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء .

(وإذا وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى) من ماله؛ لأن

فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ كَانَ فقيرًا أَجَّرَهَا الْحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجْرَتِهَا ، فَإِذَا عُمِّرَتْ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى .

وَما انْهَدَمَ مِنْ بِناءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الْحَاكِمُ فى عِمَارَةِ الْوَقْفِ إِنِ احْتَاجَ إِلَيْهِ،وَ إِنِ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفَهُ فيهَا ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الْوَقْفِ .

وَ إِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الْوِلايَةَ

الغرم بالغنم (فإن امتنع) من له السكنى (من ذلك ، أو) عجز بأن (كان فقيراً أجرها الحاكم) من الموقوف عليه أو غيره (وعمرها بأجرتها) كعمارة الواقف ، ولم يزد فى الأصح إلا برضا مَنْ له السكنى ، زيلعى . ولا يجبر الآبى على العمارة ، ولا تصح إجارةُ مَنْ له السكنى ، بل المتولي أو القاضى كما فى الدر (فإذا عمرت) وانقضت مدة إجارتها (ردها إلى من له السكنى) ؛ لأن فى ذلك رعاية الحقّين حقِّ الواقف بدوام صدقته ، وصاحب السكنى بدوام سكناه ؛ لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا ، وبالإجارة تتأخر ، وتأخير الحق أولى من فواته .

(وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهى الأداة التى يعمل بها كآلة الحراثة فى ضيعة الوقف (صرفه الحاكم) أى أعادَه (فى عمارة الوقف إن احتاج) الوقف (إليه ، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيها) حتى لا يتعذر عليه ذلك أوانَ الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعذر إعادةُ عينه بيع وصرف ثمنه إلى المرمَّةِ ، صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل .

(ولا يجوز أن يقسمه) أى المنهدم وكذا بدله (بين مستحقِّ الوقف) ؛ لأنه جزء من العين ، ولاحق لهم فيها ، إنما حقهم فى المنفعة ؛ فلا يصرف لهم غير حقهم

* * *

(وإذا جعل الواقف غلة الوقف) أو بعضها (لنفسه أوجعل الولاية) على

إِلَيْـهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ .

وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْـكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْـكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ ، فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ مِلْـكُهُ عَنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ،

الوقف (إليه) أى نفسه (جاز عند أبى يوسف) أما الأول فهو جائز عند أبى يوسف ، ولا يجوز على قياس قول محمد ، وهو قول هلال الرازى ، قال الإمام قاضيخان نقلا عن الفقيه أبى جعفر : وليس فى هذا عن محمد رواية ظاهرة ، ثم قال : ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف ، وقالوا : يجوز الوقف والشرط جميعاً ، وذكر الصدر الشهيد أن الفتوى عليه ترغيباً للناس فى الوقف ، ومثله فى الفتاوى الصغرى نقلا عن شيخ الإسلام ، واعتمده النسفى وأبو الفضل الموصلى . وأما الثانى فقال فى الهداية : هو قول هلال أيضاً ، وهو ظاهر المذهب ، واستدل له دون مقابله ، وكذا لو لم يشترط الولاية لأحد فالولاية له عند أبى يوسف ، ثم لوصيه إن كان ، وإلا فللحاكم كما فى فتاوى قارىء الهداية ، تصحيح ملخصاً .

(وإذا بنى مسجداً لم يَزُلْ ملكه عنه حتى يفرزه) الواقف : أى يميزه (عن ملكه بطريقه) ، لأنه لا يخلص لله تعالى إلا به (ويأذن للناس بالصلاة فيه) ، لأنه من التسليم عند أبى حنيفة ومحمد ، وتسليم كل شىء بحسبه ، وذلك فى المسجد بالصلاة فيه ، لتعذر القبض فيه ، فقام تحقق المقصود مقامه (فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبى حنيفة ومحمد) فى رواية ، وفى الأخرى — وهى الأشهر — يشترط الصلاة بالجماعة ، لأن المسجد يبنى لذلك ، وقال الإمام قاضيخان : وعن أبى حنيفة فيه روايتان فى رواية الحسن عنه يشترط أداء الصلاة بالجماعة اثنان فصاعدا كما قال محمد ، وفى رواية عنه إذا صلى واحد بإذنه يصير مسجداً ! إلا أن بعضهم قال : إذا صلى فيه واحد بأذان وإقامة ، وفى ظاهر الرواية لم يذكر هذه الزيادة ، والصحيح رواية الحسن عنه ، لأن قبض كل شىء وتسليمه يكون بحسب ما يليق به ، وذلك فى المسجد بأداء الصلاة بالجماعة ، أما الواحد فإنه يصلى فى كل مكان ، قال فى التصحيح : واستفدنا منه أن ما عن محمد هو رواية عن أبى حنيفة ،

وَقَالَ أبو يُوسُفَ : يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ بقَوْلِهِ « جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا » وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبُرَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ حَتَّى يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَزُولُ مِلْكُهُ بِالْقَوْلِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدَفَنُوا فى الْمَقْبُرَةِ زَالَ الْمِلْكُ .

هو الصحيح ، اه . (وقال أبو يوسف : يزول ملكه عنه) أى المسجد (بقوله : جعلته مسجداً) لأن التسليم عنده ليس بشرط ، لأنه إسقاط للملك فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حقه .

(ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل) أى المسافرون (أو رباطا) يسكنه الفقراء (أوجعل أرضه مقبرة) لدفن الموتى (لم يزل ملكه عن ذلك عند أبى حنيفة حتى يحكم به حاكم) ؛ لأنه لم ينقطع عن حق العبد ، ألا يرى أن له أن ينتفع به فيسكن و ينزل فى الرباط و يشرب من السقاية و يدفن فى المقبرة، فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء ، بخلاف المسجد ، لأنه لم يبق له حق الانتفاع به ، فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم، هداية (وقال أبو يوسف : يزول ملكه بالقول) كما هو أصله ، إذ التسليم عنده ليس بشرط (وقال محمد : إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك) لأن التسليم عنده شرط ، والشرط تسليم نوعه ، وذلك بما ذكرناه ، و يكتفى بالواحد ، لتعذر فعل الجنس كله ،وعلى هذا البئر والحوض،ولو سلم إلى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه ، لأنه نائب عن الموقوف عليه ، وفعل النائب كفعل المنوب عنه ، وأما فى المسجد فقد قيل : لا يكون تسليما ، لأنه لا تدبير للمتولى فيه ، وقيل : يكون تسليما ، لأنه يحتاج إلى من يكنسه و يغلق بابه، فإذا سلم صح تسليمه إليه ، والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل ، لأنه لا متولى له عرفا ، وقد قيل: هى بمنزلة السقاية والخان ، فيصح التسليم إلى المتولى ، لأنه لو نصب المتولى صح و إن كان بخلاف العادة ؛ هداية .

كتاب الغصب

وَمَنْ غَصَبَ شَيْئاً مِمَّا لَهُ مِثْلٌ فَهَلَكَ فى يَدِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْغَصْبِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ ؛ فإنِ ادَّعَى هَلاَكَهَا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كانَتْ بَاقِيَةً لأَظْهَرَهَا ، ثُمَّ

كتاب الغصب

مناسبته للوقف من حيث إن فى كل منهما رفع يد المالك وحبس الملك ، إلا أن الأول شرعى فقدم ، والثانى غير شرعى فأخر .

وهو لغة : أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلُّبِ ، وشرعا : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، حتى كان استخدام العبد وحْملُ الدابة غصباً ، دون الجلوس على البساط ، هداية .

(ومن غصب شيئاً مما له مثل فهلك فى يده فعليه ضمان مثله) ؛ لما فيه من مراعاة الصورة بالجنس والمعنى بالمالية؛ فكان أدفع للضرر ، و إن انقطع المثل بأن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه فعليه قيمته : يوم الخصومة عند الإمام ، و يوم الغصب عند أبى يوسف ، و يوم الانقطاع عند محمد ، والأصح قول الإمام ، لأن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولذا لو صَبَرَ إلى أن يوجد جنسه له ذلك ، و إنما ينتقل بقضاء القاضى فتعتبر قيمته حينئذ (و إن كان) المغصوب (مما لا مثل له فعليه قيمته) يوم الغصب اتفاقا لأنه لما تعذر مراعاة الصورة بتفاوت الآحاد وجب مراعاة المعنى فقط ـ وهو المالية ـ دفعاً للضرر بقدر الإمكان ، والمثلى المخلوط بخلاف جنسه كبر مخلوط بشعير قيمى لأنه لا مثل له (و) الواجب (على الغاصب رد العين المغصوبة) فى مكان غصبها ما دامت قائمة ، سواء كانت مثلية أو قيمية (فإن ادعى) الغاصب (هلاكها) أى العين المغصوبة لم يصدق بمجرد قوله ، بل (حبسه الحاكم حتى يعلم) صدقه ويغلب على ظنه (أنها لو كانت باقية) عنده لـكان (أظهرها) مبالغة فى الاحتيال إلى إيصال الحق إلى المستحق (ثم) بعد

قَضَى عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا .

وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِى يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ عِنْدَ أَبِى حنيفةَ وَأَبِى يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَضْمَنُهُ ، كَهَدْمِهِ ، وَمَا نَقَصَ مِنْهُ بِفِعْلِهِ وَسُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِى قَوْلِهِمْ جَمِيعاً .

وَإِذَا هَلَكَ الْمَغْصُوبُ فِى يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ،

ذلك (قضى عليه ببدلها) من مثل أو قيمة ؛ لتعذر رد العين .

(والغصب) إنما يتحقق (فيما ينقل ويحول) ؛ لأن الغصب إنما يتحقق فيه دون غيره ؛ لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقاراً فهلك فى يده) بآفة سماوية كغلبة سَيْلٍ (لم يضمنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ؛ لعدم تحقق الغصب بإزالة اليد ؛ لأن العقار فى محله بلا نقل ، والتبعيد للمالك عنه فعل فيه لا فى العقار ؛ فكان كما إذا بعد المالك عن المواشى (وقال محمد : يضمنه) ؛ لتحقق إثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك ؛ لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد فى حالة واحدة ، قال فى التصحيح : والصحيح قولهما ، واعتمده النسفى والمحبوبى وصدر الشريعة والموصلى ، اهـ . لكن فى القهستانى : والصحيح الأول فى غير الوقف ، والثانى فى الوقف كما فى العمادى وغيره ، وفى الدر : وبه يفتى فى الوقف ، ذكره العينى ، اهـ قيدنا كون الهلاك بآفة سماوية لأنه لو كان بفعله يضمن اتفاقا ، كما يشير لذلك قوله (وما نقص منه) أى العقار (بفعله) أى الغاصب (كهدمه) لبنائه (وسكناه) المُوهِنَةِ لبنائه (ضمنه فى قولهم جميعاً) ؛ لأنه إتلاف ، والعقار يضمن به ، كما إذا نقل ترابه : لأنه فِعْلٌ فى العين ، ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، هداية

(وإذا هلك المغصوب) النقلى (فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله فعليه ضمانه) ؛ لدخوله فى ضمانه بالغصب السابق ، وعند العجز عن رده تجب قيمته ، ثم إن كان بفعل غيره رجع عليه بما ضمن ، لأنه قرّر عليه ضمانا كان يمكنه أن يتخلص منه

وَإِنْ نَقَصَ فى يَدِهِ فَعَلَيهِ ضَمَانُ النُّقْصَانِ .

وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ نُقْصَانَهُ، وَإِنْ خَرَقَهُ خَرْقًا كَثِيرًا يُبْطِلُ عَامَّةَ مَنْفَعَتِهِ فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ ،

برد العين . جوهرة (وإن نقص فى يده فعليه ضمان النقصان) ؛ لدخوله فى ضمانه بجميع أجزائه ، فما تعذّر رد عينه منها يجب رد قيمته . قيد بالنقصان لأنه لو تراجع السعر لايضمن ، لأنه عبارة عن فتور الرغبَات دون فوت الجزء ، وإذا وجب ضمان النقصان قُوِّمَتِ العين صحيحة يوم غصبها ثم تُقَوَّم ناقصة فيغرم ما بينهما ، قال فى الهداية : ومراده غير الربوى ، أما فى الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل ؛ لأنه يؤدى إلى الربا ، اه .

* * *

(ومن ذبح شاة غيره) أو بقرته ونحوها من كل دابة مأكولة اللحم (فمالكها بالخيار : إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه) ؛ لأن ذلك إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل (وإن شاء ضمنه نقصانها) لبقاء بعضها ــ وهو اللحم ــ ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم فذبحها الغاصب أو قطع طرفها ضمن جميع قيمتها ، لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذهُ مع الأرش ، لأن الآدمى يبقى منتفعاً به بعد القطع (ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه) والثوب لمالكه ، لقيام العين من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه (وإن خرق) الثوب (خرقاً كثيراً) بحيث (يبطل عامة منفعته فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه ، وله أخذه وتضمينه النقصان ، لأنه تعييب من وجه ، لبقاء العين وبعض المنافع . قال فى الهداية : ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض

وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَأَعْظَمُ مَنَافِعِهَا زَالَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا ، وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ ، وَضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَحِلَّ لَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا ، وَهٰذَا كَمَنْ غَصَبَ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا ، أَوْ غَصَبَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا ، أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا ، أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً ،

العين و بعض المنفعة ، و اليسير مالا يفوت به شيء من المنفعة ، و إنما يدخل فيه النقصان ، لأن محمدا جعل فى الأصل قَطْع الثوب نقصانا فاحشا والفائت بعض المنافع ، اهـ .

(و إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب) احترز به عما إذا تغيرت بنفسها كأن صار العنب زبيباً بنفسه أو الرطب تمراً فإن المالك فيه بالخيار: إن شاء أخذه ، و إن شاء تركه وضمنه (حتى زال اسمها وأعظم منافعها) أى : أكثر مقاصدها، احترز عن الدراهم إذا سبكها بلاضرب، فإنه و إن زال اسمها لكن بقى أعظم منافعها ، ولذا لا ينقطع حق المالك عنها كما فى المحيط (زال ملك المغصوب منه عنها) : أى العين المغصوبة (وملكها الغاصب وضمنها) : أى ضمن بدلها لمالكها (و) لكن (لم يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) استحساناً ، لأن فى إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغصب ، فيحرم الانتفاع قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه ، حَسْماً لمادة الفساد (وهذا) : أى زوال اسمها وأعظم منافعها مثاله (كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو) غصب (حنطة فطحنها ، أو) غصب (حديداً فاتخذه سيفاً ، أو) غصب (صفراً) بالضم ـ ما يعمل منه الأوانى (فعمله آنية) لحدوث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه بحيث تبدّل الاسم وفات معظم المقاصد، وحق الغاصب فى الصنعة قائم من كل وجه ، فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجه ، ولا نجعله سبباً للملك من حيث إنه محظور ، بل من حيث إنه إحداث صنعة ، بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ . هداية .

وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَباً فَضَرَبَهَا دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِـكِهَا عَنْهَا عِنْد أبى حنيفة ، وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَي عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِـكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا .

وَمَنْ غَصَبَ أَرْضاً فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى ، قِيلَ لَهُ : اقْلَعِ الغَرْسَ والبِنَاءَ وَرُدَّهَا فَارِغَةً ،

(وإن غصب فضة) نقرة (أو ذهباً) تبراً (فضربهادراهم أو دنانير ، أو) عملها (آنية لم يزل ملك مالـكها عنها عند أبى حنيفة) قال فى الهداية : فيأخذهما ولا شىء للغاصب ؛ وقالا : يملـكهما الغاصب وعليه مثلهما ، وأخر دليل الإمام وضمنه جواب دليلهما ، واختارهُ المحبوبى والنسفى وأبو الفضل الموصلى وصدر الشريعة ، كذا فى التصحيح (ومن غصب ساجة) بالجيم - شجر عظيم جداً ، ولا ينبت إلا ببلاد الهند (فبنى عليها) بناء قيمتُه أكثر من قيمتها (زال ملك مالـكها عنها ، ولزم الغاصبَ قيمتها) لصيرورتها شيئاً آخر ، وفى القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء من غير فائدة تعود للمالك ، وضرر المالك ينجبر بالضمان . قال فى الهداية : ثم قال الـكرخى والفقيه أبو جعفر : إنما لا يُنْقَضُ إذا بنى حول الساجة ، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض . وجواب الـكتاب يرد ذلك وهو الأصح ، اهـ .

(ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له) أى الغاصب :(اقلع الغرس والبناء وردها) إلى صاحبها (فارغة) كما كانت ؛ لأن الأرض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان ، والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها . درر . وقيد ذلك فى المنح بما إذا كانت قيمة الأرض أكثر ، ثم قال : و إن كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الأرض و يأخذها ، ذكره فى النهاية ، وفى القهستانى عند قول المتن « أمر بالقلع والرد» مانصه : أى رد الأرض فارغة إلى المالك ولو كانت القيمة أكثر من قيمة الأرض ، وقال الـكرخى: إنه لا يؤمر حينئذ و يضمن القيمة ، وهذا أوفق لمسائل الباب كما فى النهاية ، و به أفتى بعض

فإنْ كانَتِ الأرْضُ تَنقُصُ بِقَلْعِ ذلِكَ فلِلمالِكِ أنْ يَضْمَنَ لَهُ قيمَةَ البِناءِ وَالغَرْسِ مَقْلُوعاً فيكُونَ لَهُ .

وَمَنْ غَصَبَ ثَوْباً فَصَبَغَهُ أحْمَرَ أوْ سَوِيقاً فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ فَصاحِبُهُ بالخِيارِ : إنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قيمَةَ ثَوْبِهِ أبْيَضَ وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُما لِلغاصِبِ ، وَإنْ شاءَ أخَذَهُما وضَمِنَ ما زادَ الصَّبْغُ والسَّمْنُ فيهِما

وَمَنْ غَصَبَ عيْناً فغَيَّبَها فَضَمَّنَهُ المالِكُ قيمَتَها مَلَكَها الغاصِبُ ،

المتأخرين كصدر الإسلام ، وإنه حسن ، ولكن نحن نفتى بجواب الكتاب اتباعا لأشياخنا كما فى العمادى ، اهـ (فإن كانت الأرض تنقصُ بقلع ذلك) منها (فللمالك أن يضمن له) أى للغاصب (قيمة البناء والغرس مقلوعاً فيكون) ذلك مع الأرض (له) أى للمالك ؛ لأن فى ذلك نظراً لهما ودفع الضرر عنهما . قال فى الهداية : وقوله «قيمته مقلوعا» معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ؛ لأن حقه فيه إذ لا قرار له ؛ فتقوَّمُ الأرض بدون الشجر والبناء ، وتقوَّمُ وبها شجر وبناء لصاحب الأرض أن يأمره بقَلْعه ؛ فيضمن فَضْل ما بينهما ، اهـ .

(ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر) أو غيره مما تزيد به قيمة الثوب ، فلا عبرة للألوان ، بل لحقيقة الزيادة والنقصان (أو) غصب (سويقاً) : أى دقيقاً (فلتّه) أى خلطه (بسمن ، فصاحبه بالخيار : إن شاء ضمنه) أى ضمن الغاصب (قيمة ثوب أبيض) ؛ لأن الثوب قيميّ (ومثل السويق) لأنه مثلي (وسلمهما) أى الثوب والسويق (للغاصب ، وإن شاء أخذهما) المالك (وضمن) للغاصب (ما زاد الصبغ والسمن فيهما) ؛ لأن فى ذلك رعاية للجانبين ، والخيرة لصاحب الثوب ؛ لكونه صاحب الأصل ، بخلاف الساحة يبنى فيها ؛ لأن النِّقْضَ له بعد النَّقْض [1] فيتلاشى ، هداية .

(ومن غصب عيناً فغيبها) بالمعجمة : أى أخفاها (فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب) ؛ لأن المالك ملك البدَلَ بكماله ، والمبدل قابل للنقل فيملكه

---

(١) النقض — بكسر النون وسكون القاف — أى الأشياء المنقوضة ، ونظيره « طحن » بمعنى مطحون ، و « هدم » أى مهدوم ، و « قطف » أى مقطوف .

وَالْقَوْلُ فِى الْقِيمَةِ قَوْلُ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ ، إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْمَالِكُ الْبَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ الْمَالِكِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا أَوْ بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عَنِ الْيَمِينِ فَلاَ خِيَارَ لِلْمَالِكِ ، وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعِوَضَ .

وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِى يَدِ الْغَاصِبِ ، فَإِنْ هَلَكَ فَلاَ ضَمَانَ

الغاصب ؛ لئلا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد (والقول فى القيمة) إذا اختلفا فيها (قول الغاصب) ؛ لإنكاره الزيادة ، والقول قول المنكر (مع يمينه) كما مر (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لإثباته بالحجة (فإن ظهرت العين) بعد ذلك (وقيمتها أكثر مما) كان (ضمن وقد) كان (ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها) المالك (أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك) وهى للغاصب ؛ لأنه تم له الملك بسببٍ اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار (وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار : إن شاء أمضى الضمان) ولاخيار للغاصب ولو قيمته أقل ؛ للزومه بإقراره (وإن شاء أخذ العين ورد العوض) ؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة ، وأخذه دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه فى هذا الفصل الأخير فكذا الجواب فى ظاهر الرواية ، وهو الأصح ، خلافا لما قال الكرخى ؛ لأنه لم يتم رضاه حيث لم يُعطَ ما يدعيه ، والخيار لفوْتِ الرضا . هداية .

(وولد) العين (المغصوبة ونماؤها) المتصل كالسمن والحسن والمنفصل كالدَّرِّ (وثمرة البستان المغصوب) قبل بدوّ الثمرة (أمانة فى يد الغاصب) ؛ لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما مر ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (فإن هلك) : أى الولد وما عطف عليه (فلا ضمان

عَلَيْهِ ، إلاَّ أَنْ يَتَعَدَّى فيها ؛ أَوْ يَطْلُبَها مالِـكها فيَمْنَعَها إيَّاهُ ، وَما نَقَصَتِ الجَارِيَةُ بالوِلادَةِ فى ضَمَانِ الغَاصِبِ ، فإنْ كانَ فى قيمَةِ الوَلَدِ وَفَاء بِهِ جُبِرَ النُّقْصانُ بالوَلَدِ ، وَسَقَطَ ضَمانُهُ عَنِ الغاصِبِ ، وَلا يَضْمَنُ الغاصِبُ مَنافِعَ ما غَصَبَهُ إلاَّ أنْ يَنْقُصَ باسْتِعْمَالِهِ فيَغْرَمَ النُّقْصانَ .

وَ إذا اسْتَهْلَكَ المُسْلِمُ خَمْرَ الذِّميِّ أَوْ خِنزِيرَهُ ضَمِنَ قيمَتَهُما ،

عليه) أى الغاصب (إلا أن يتعدى فيها) أى الزيادة ـ بأن أتلفها ، أو أكلها ، أو باعها ـ (أو) أن (يطلبها): أى الزيادة (ما لـكها فيمنعها إياهُ) ؛ لأنه بالمنع والتعدِّى صار غاصباً .

(وما نقصت الجارية) أى انتقصت ؛ لأن نقص يجىء لازما ومتعديا ، وهو هنا لازم كما فى ابن ملك (بالولادة) فهو (فى ضمان الغاصب) ؛ لأنه حصل فى ضمانه (فإن كان فى قيمة الولد وفاء به) : أى بالنقصان (جبر النقصان بالولد ، وسقط ضمانه عن الغاصب) ؛ لأن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة ، وإن لم يكن فيه وفاء سقط بحسابه ، ولو ماتت و بالولد وفاء كنى ، هو الصحيح . اختيار.

(ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه) من ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، وخدمة العبد ؛ لأنها حصلت على ملك الغاصب ؛ لحدوثها فى يده ، والإنسان لا يضمن ما حدث فى ملـكه ، سواء استوفاها أو عَطَّلها ، وهذا فيما عدا ثلاثة مواضع فيجب فيها أجر المثل على اختيار المتأخرين وعليه الفتوى ، وهى : أن يكون وقفاً ، أو ليتيم ، أو مُعَدًّا للاستغلال بأن بَنَاه أو اشتراه لذلك ؛ إلا إذا سكن المعدَّ للاستغلال بتأويل ملك كسكنى أحد الشريكين أو عَقْدٍ كسكنى المرتهن (إلا أن ينقص) المغصوب (باستعماله) : أى الغاصب (فيغرم النقصان) لاستهلاكه بعضَ أجزاء العين .

(وإذا استهلك المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما) ؛ لأنهما مال فى حقه ؛ إذا الخمر عند أهل الذمة كالخل عندنا ، والخنزير عندهم كالشاة عندنا ،

وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُمَا الْمُسْلِمُ عَلَى الْمُسْلِمِ لَمْ يَضْمَنْ .

كتاب الوديعة

الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ ، إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ ، فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا ضَمِنَ

ونحن أمرنا بتركهم وما يَدِينُونَ ،ولهذا أقروا على بيعهما ، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ؛ لأن المسلم ممنوع من تملكه (و إن استهلكهما): أى الخمر والخنزير ، وهما (لمسلم) بأن أسلم وهما فى يده (لم يضمن) المستهلك ، سواء كان مسلماً أو ذميًا ؛ لأنهما ليسا بمال فى حقه ، وهو مأمور بإتلافهما ، وممنوع عن تملكهما ، وتجب فى كسر المعازف قيمتها لغير لهو ، كما فى المختار .

كتاب الوديعة

مناسبتها للغصب أنها تنقلب إليه عند المخالفة أو التعدِّى .

وهى لغةً : الترك ، وشرعا : تسليط الغير على حفظ ماله ، وهى اسم أيضاً لما يحفظه المودَعُ ، كما عبر بذلك المصنف بقوله : (الوديعة) فعيلة بمعنى مفعولة ـ بتاء النقل إلى الأسمية كما فى نهاية ابن الأثير ـ (أمانة فى يد المودع) بالفتح (إذا هلكت) من غير تعد (لم يضمنها) ؛ لأن بالناس حاجة إلى الاستيداع ، فلو ضمنّاه يمتنع الناسُ عن قبول الودائع ؛ فتتعطل مصالحهم ، هداية (وللمودع أن أن يحفظها) : أى الوديعة (بنفسه و بمن فى عياله) ؛ لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ به مال نفسه ، ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله ؛ لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولا استصحاب الوديعة فى خروجه ، والذى فى عياله هو الذى يسكن معه ، وتجرى عليه نفقته : من امرأته ، وولده ، وأجيره ، وعبده ، وفى الفتاوى : هو من يساكنه ، سواء كان فى نفقته أولا ، جوهرة (فإن حفظها بغيرهم) : أى غير من فى عياله (أو أودعها) غيرهم (ضمن) ؛ لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره ، والأيدى تختلف فى الأمانة ، ولأن الشىء

إِلاَّ أَنْ يَقَعَ فى دَارِهِ حَرِيقٌ فيسَلِّمَهَا إِلى جَارِهِ ، أَوْ يكُونَ فى سَفِينَةٍ يخَافُ الغَرَقَ فيُلْقِيَهَا إِلى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، وَإِنْ خَلَطَهَا المُودَعُ بمَالِهِ حَتَّى لا تَتَمَيَّزُ ضَمِنَهَا ، فإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا عَنْهُ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا ، وَإِنِ اخْتَلَطَتْ بمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ

لا يتضمن مثله كالوكيل لايوكل غيره (إلا أن يقع فى داره حريق فيسلمها إلى جاره ، أو يكون) المودع (فى سفينة) وهاجت الريح ، وصار بحيث (يخاف الغرق ، فيلقيها إلى سفينة أخرى) ؛ لأنه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيها المالك ، ولا يصدّقُ على ذلك إلا ببينة ، لأنه يدعى ضرورة مُسْقِطة للضمان بعد تحقق السبب ، فصار كما لو ادعى الإذن فى الإيداع ، هداية . قال فى المنتقى : هذا إذا لم يكن الحريق عاماً مشهوراً عند الناس ، حتى لو كان مشهوراً لا يحتاج إلى البينة ، اهـ (وإن خلطها المودَعُ بماله حتى) صارت بحيث (لا تتميز ضمنها) ولا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة ؛ لاستهلاكها من كل وجه ؛ لتعذر الوصول إلى عين حقه ، وقالا : إذا خلطها بجنسها شركَهُ إن شاء ؛ لأنه وإن لم يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة يمكنه معنى بالقسمة ، فكان استهلاكا من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . هداية . قال فى التصحيح: واختار قول الإمام المحبوبيُّ والنسفى وأبو الفضل الموصلى وصدر الشريعة (فإن طلبها صاحبها) بنفسه أو وكيله (فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها) ثم هلكت (ضمنها) لتعدِّيه بالمنع فيصير غاصباً . قيد بكونه قادراً على تسليمها لأنه لو حبسها عجزاً أو خوفا على نفسه أو ماله لم يضمن ، وفى القهستانى عن المحيط : لو طلبها فقال « لم أقدر أن أحضرها تلك الساعة » فتركها فهلكت لم يضمن، لأنه بالترك صار مودعا ابتداء ، ولو طلبها فقال « اطلبها غدا » فلما كان الغد قال « هلكت » لم يضمن ولو قال فى السر « من أخبرك بعلامة كذا فادفعها إليه » ثم جاء رجل بتلك العلامة ولم يدفعها إليه حتى هلكت لم يضمن ، اهـ (وإن اختلطت) الوديعة (بماله من غير فعله)

فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا ، وَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعَ ، وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ - بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا ، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ ، أَوْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ - ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ وَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ ، فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا إِيَّاهُ فَهَلَكَتْ ضَمِنَهَا ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ .

وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بِالْوَدِيعَةِ وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ ،

كأن انشق الظرفان وانصبّ أحدهما على الآخر (فهو) : أى المودع (شريك لصاحبها) اتفاقا ؛ لاختلاطهما من غير جناية (وإن أنفق المودع بعضها) أى الوديعة (ثم رد مثله) أى مثل ما أنفقه (فخلطه) : أى المردودَ (بالباقى) ثم هلكت (ضمن الجميع) أى جميع الوديعة ، من الذى كان بقى منها والذى ردّه إليها عوضاً عما أنفقه ؛ لخلطه الوديعة بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم (وإذا تعدى المودع فى الوديعة - بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوبا فلبسه ، أو عبدا فاستخدمه ، أو أودعها عند غيره) ممن ليس فى عياله (ثم أزال التعدى وردها إلى يده زال الضمان) لزوال سببه - وهو التعدى - وبقاء الأمر بالحفظ ، فكانت يده كيد المالك حكما ؛ لأنه عاملٌ له بالحفظ ، فبإزالة التعدّى ارتدّتْ إلى يد صاحبها حكما (فإن طلبها صاحبها فجحدها إياه) فهلكت (ضمنها) ؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فيبقى بعده بالإمساك غاصباً ، فيضمن (فإن عاد) بعد جحوده (إلى الاعتراف) بها (لم يبرأ من الضمان) ؛ لارتفاع العقد ، لأن المطالبة بالرد رفع من جهة المالك ، والجحود فسخ من جهة المودع ، فتم رفع العقد منهما ، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد ، فلم يوجد الرد إلى نائبه ، بخلاف المخالفة ، ثم العوْد إلى الوفاق لبقاء الأمر ؛ فكان الرد إلى نائبه كما فى الهداية .

(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل) أى ثقل (ومؤنة) أى أجرة عند أبى حنيفة ، لإطلاق الأمر ، وقالا : ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤْنة ؛

وَإِذا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا فطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنهَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْئاً حَتَّى يَحْضُرَ الآخَرُ ، عِنْدَ أَبي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبَهُ .

وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْد رجُلَيْنِ شَيْئاً مِمَّا يُقْسَمُ لم يَجُزْ أَنْ يَدفَعَهُ أَحَدُهُمَا إلى الآخَرِ وَلَكِنَّهُمَا يقْتَسِمانِهِ فيَحْفَظُ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ ، وَإِنْ كانَ مِمَّا لا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ .

لأن المالك تلزمه مؤنة الرد فى ذلك ، فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد ، وظاهر الهداية ترجيح قولهما بتأخير دليلهما .

(وإن أودع رجلان عند رجل) وديعة من ذوات الأمثال (ثم حضر أحدهما) دون صاحبه (فطلب نصيبه منها لم يدفع إليه) : أى إلى الحاضر (شيئا) منها (حتى يحضر) صاحبه (الآخر عند أبى حنيفة) ، لأنه يطالبه بمُفْرَزٍ، وحقه فى مشاع ولا يفرز إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولايتها (وقالا : يدفع إليه نصيبه) ؛ لأنه يطالبه بدفع نصيبه الذى سلمه إليه ، قال فى التصحيح : واعتمد قول الإمام المحبوبىُّ والنسفى وأبو الفضل الموصلى وصدر الشريعة اه . قيدنا بذوات الأمثال لأنها لو كانت من القيميات لا يدفع إليه اتفاقا ، على الصحيح ، كما فى الهداية والفيض.

(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) مثليا كان أو قيميا (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر) ، لأن المالك لم يرض بحفظ أحدهما لكله (ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه) ، لأنه لما أودعهما مع علمه أنهما لا يقدران على ترك أعمالهما واجتماعهما أبداً فى مكان واحد للحفظ كان راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد للنصف دلالةً ، والثابت دلالةً كالثابت بالنص (وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر) ، لأن المالك يرضى بيد كل منهما على كله ، لعلمه أنهما لا يجتمعان عليه أبداً .

وَإِذَا قَالَ صاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ « لا تُسَلِّمْهَا إلى زَوْجَتِكَ » فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا لَمْ يَضْمنْ . وَإِنْ قَالَ لَهُ « احْفَظْهَا فى هَذَا الْبَيْتِ » فَحَفِظَهَا فى بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ حَفِظَهَا فى دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ .

كتابُ العارية

الْعَارِيَّةُ جَائِزَةٌ

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها) المودع (إليها) أى إلى زوجته وهلكت (لم يضمن) ؛ لأنه لا يجد بداً من ذلك ، فإنه إذا خرج كان البيت وما فيه مسلما إليها ، فلا يمكنه إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً ، لكن فى شرح الإسبيجابى : وهذا إذا كان لايجد بدا من ذلك ، لأن الشرط ـ وإن كان مفيداً ـ لكن العمل به غير ممكن ، أما إذا كان يجد بداً منه يلزمه مراعاة شرطه بقدر الإمكان ، لتمكنه من حفظها على الوجه المأمور به . فإذا خالف ضمن ، اهـ ملخصاً (وإن قال له : احفظها فى هذا البيت) لبيت معين من الدار (لحفظها فى بيت آخر من) تلك (الدار) وهلكت (لم يضمن) ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين فى دار واحدةٍ لايتفاوتان فى الحرز (وإن حفظها فى) بيت من (دار أخرى ضمن) ، لأن الدارين يتفاوتان فى الحرز ، فكان مفيداً ، فيصح التقييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً ـ بأن كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة ، والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عَوْرَة ظاهرة ـ صح الشرط . هداية .

كتاب العارية

مناسبتها للوديعة ظاهرة ، من حيث اشتراكهما فى الأمانة .

(العارية) بالتشديد ، وتخفف (جائزة) ، لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان .[1] هداية .

---

(١) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار مائة دوع من صفوان بن أمية يوم الفتح وأن صفوان قال له : أغصب يا محمد ؟ فقال : « لا ، بل عارية مضمونة » . وروى =

وَهِيَ : تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ : أَعَرْتُكَ ، وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ

(وهى) لغة : إعارة الشيء كما فى القاموس ، وشرعا : تمليك المنافع بغير عوض، أفاد[1] بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا (وتصح بقوله : أعرتك،) لأنه صريح فيها (وأطعمتك هذه الأرض) أى غلّتها ، لأن الأرض لا تطعم ،

= أن أهل المدينة سمعوا ضجة فظنوا عدوا أغار عليهم ؛ فاستعار النبى صلى الله عليه وسلم فرسا من أبى طلحة فركبها عريا وخرج يعدو به إلى الصحراء فلم يجد شيئاً ، ثم رجع فوجد القوم خارجين ، فقال لهم : « لن تراعوا » ثم قال عن فرس أبى طلحة : « إن وجدناه لبحرا » ، ومن العلماء من يستدل على جواز العارية بقوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى) ومنهم من يستدل عليها بقوله جل شأنه : (ويمنعون الماعون) فقد فسره جمهرة المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس والإبرة . ثم اعلم أنه قد تكتنف العارية ظروف تجعلها مكروهة أو حراما أو واجبة ؛ فلو أن إنسانا لا ثوب له وقد اشتد الحر والبرد حتى خيف عليه الهلاك فإنه يجب على من يجد ثوبا فاضلا عن حاجاته الأصلية أن يعيره هذا الثوب فيدفع به الهلاك عن نفسه . وتحرم إعارة جارية وضيئة لأجنبى ، وتكره إعارة العبد المسلم للذمى لما فيه من امتهان المسلم ، ونحو هذا .

(١) هذا الذى ذكره المصنف من أن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض هو ما ذهب إليه عامة علماء المذهب ومنهم أبو بكر الرازى ، وكان الكرخى رحمه الله يرى أن الإعارة عبارة عن إباحة المنافع ، ووجه ماذهب إليه الكرخى ثلاثة أشياء : أولها أنها تنعقد بلفظ الإباحة، وثانيها أنه لا يشترط فيها ضرب المدة ؛ فيجوز إطلاقها عن المدة ، ويجوز تقييدها بمدة معينة ، ومع جهالة المدة لا يصح التمليك ، وثالثها أن المستعير لا يملك تأجير العارية من غيره كما ستقف عليه ، والجواب عن هذا الكلام : أما عن الوجه الأول فإن لفظ الإباحة مستعار فى هذا الموضع للدلالة على التمليك ، وآية ذلك أن الإجارة تنعقد هى أيضاً بلفظ الإباحة مع أن الإجارة تمليك اتفاقا ، وأيضاً فإن الإعارة تنعقد بلفظ التمليك فكان لابد من حمل أحد اللفظين الإباحة والتمليك على الآخر ؛ فحملنا لفظ الإباحة على التمليك ، وأما عن الوجه الثانى فإن عدم اشتراط التوقيت بمدة له سبب وجيه ، وهو أنها غير لازمة ، بل لصاحبها أن يستردها متى شاء ،فلا تفضى جهالة المدة إلى المنازعة ، وأما عن الثالث فإنا لم نملك المستعير تأجير العارية دفعاً لزيادة الضرر عن مالك العين .

وَمَنَحْتُكَ هذَا الثَّوبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هذِهِ الدَّابَّةِ ، إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الْهِبَةَ ، وَأَخْدَمْتُكَ هذَا الْعَبْدَ ، وَدَارِى لَكَ سُكْنَى ، وَدَارى لَكَ عُمْرَى سُكْنَى ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِى الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ .

وَالْعَارِيَةُ أَمَانَةٌ : إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً .

وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ وَلا أَنْ يَرْهَنَهُ ، وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ ،

فينصرف إلى مايؤخذ منها ، على سبيل المجاز ، من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) : أى أعطيتك (هذا الثوب) أو هذا العبد (وحملتك على هذه الدابة، إذا لم يرد به) أى بقوله أعطيتك وحملتك (الهبة) لأن اللفظ صالح لتمليك العين والمنفعة ، والمنفعة أدنى ؛ فيحمل عليها عند عدم النية (وأخدمتك هذا العبد) ؛ لأنه إذن له فى الاستخدام (ودارى لك سكنى)، لأن معناهُ سكناها لك (ودارى لك عمرى سكنى) ، لأن اللام و إن كان للتمليك لكن لما أردفه بالتمييز بلفظ السكنى المحكم فى إرادة المنفعة انصرف عنه إفادة الملك .

(وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء) لأنها عقد تبرع .

(والعارية) : أى حكمها أنها (أمانة) فى يد المستعير : (إن هلكت من غير تعد لم يضمن) ولو بشرط الضمان ، قهستانى .

(وليس للمستعير أن يؤاجر مااستعاره ، ولا أن يرهنه) لأن الشىء لايتضمن ما فوقه (وله أن يعيره إن كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) لأنه مَلَكَ المنافع ومن ملك شيئاً جاز له أن يملِّكه على حسب ما ملك ، ولذا شرط أن لا يختلف باختلاف المستعمل ، فلو كان يختلف باختلاف المستعمل لايجوز له ذلك، لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره ، قال فى الهداية : وهذا إذا كانت الإعارة مطلقة ، وهى على أربعة أوجه : أحدها : أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه

وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَرْضٌ .

وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضاً لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ يَغْرِسَ نَخْلاً جَازَ ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ الْعَارِيَةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ الْعَارِيَةَ فَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ ضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ بِالْقَلْعِ ،

أن ينتفع به فى أى نوع شاء ، وفى أى وقت شاء ، عملا بالإطلاق ، والثانى أن تكون مقيدة فيهما ، وليس له أن يجاوز ما سماه ، عملا بالتقييد ، إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو خير منه ، والثالث : أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع ، والرابع عكسه ، وليس له أن يتعدى ما سماه . اهـ .

(وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) والمعدود المتقارب عند الإطلاق (قرض) ، لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما فيثبت ، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه ، هداية . وإنما قلت « عند الإطلاق » لأنه لو عين الجهة ـ بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً ـ لم يكن قرضاً ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، كما فى الهداية .

(وإذا استعار أرضاً ليبنى فيها أو يغرس نخلا جاز) لأنها نوع منفعة كالسكنى تملك بالإجارة فكذا بالإعارة (وللمعير أن يرجع فيها متى شاء) ، لما مر أنها عقد غير لازم (ويكلفه قَلْعَ البناء والغرس) لشغله أرضه فيكلفه تفريغها ، وهذا حيث لم يكن فى القلع مضرة بالأرض ، وإلا فيتركان بالقيمة مقلوعين ، لئلا تتلف أرضه (فإن لم يكن وقّت العارية فلا ضمان عليه) أى على المعير فيما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأن المستعير مغتر غير مغرور ، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد ، هداية (وإن كان وقّت العارية) بوقت (فرجع قبل الوقت ضمن المعير) للمستعير (ما نقص البناء والغرس) ، لأنه مغرور من جهته حيث وقّت له ، والظاهر هو الوفاء بالعهد ، فيرجع دفعاً للضرر ، هداية . ثم قال : وذكر

وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ ، وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ عَلَى الْغَاصِبِ .

وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنِ اسْتَعَارَ عَيْناً فَرَدَّهَا إِلَى دَارِ مَالِكِهَا وَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ضَمِنَ ، وَإِنْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ضَمِنَ .

الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض المستعير قيمة غرسه و بنائه ، و يكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه ، قالوا : إذا كان بالقلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح بالأصل ، اهـ . قيد بالبناء والغرس لأنه لو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع ، سواء وقت أم لا ، لأن له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل مراعاة للحقين ، كما فى الهداية وغيرها .

(وأجرة رد العارية على المستعير) ، لأن الرد واجب عليه ، لأنه قبضها لمنفعة نفسه ، و الأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) ، لأن الرد واجب عليه دفعاً للضرر عن المالك ، فتكون مؤنته عليه

(و إذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها) فهلكت (لم يضمن) وهذا استحسان ، لأنه أتى بالتسليم المعتاد المتعارف ، لأنه لو ردها إلى المالك لردها إلى المربط كما فى الهداية (و إن استعار عينا) نفيسة (فردها إلى دار المالك ولم يسلمها إليه ضمن) قال فى الجوهرة : وفى نسخة « لم يضمن » وكذا هو فى شرحه ، غير أنه بعد ذلك أشار إلى أنه فى آلات المنزل ، اهـ . أى : بخلاف الأعيان النفيسة فلا ترد إلا إلى المعير ، و تمامه فى الهداية (و إن رد الوديعة) أو العين المغصوبة (إلى دار المالك ولم يسلمها إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد

كتاب اللقيط

اللَّقِيط : حُرٌّ مُسْلِمٌ ، وَنَفَقَتُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ

فإنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ يَدِهِ ،فإنِ ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ

إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بالرد إلى الدار ، ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها ، هداية .

كتاب اللقيط

مناسبته للوديعة من حيث لزوم الحفظ فى كل منهما .

(اللقيط) لغة : ما يُلْقَطَ ، أى يرفع من الأرض ، فعيل بمعنى مفعول ، ثم غلب على الصبى المنبوذ ، باعتبار مآله لأنه يلقط ، وشرعا : مولود طرحه أهله خوفا من العَيْلَة وفراراً من التهمة ، وهو (حر مسلم) تبعا للدار (ونفقته من بيت المال) ، لأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة ، ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان ، والملتقط متبرع فى الإنفاق عليه لعدم الولاية ، إلا أن يأمره القاضى به ؛ ليكون دينا عليه ، لعموم ولايته .

(فإن التقطه) ملتقط (رجل) أو امرأة (لم يكن لغيره أن يأخذه من يده) لثبوت حق الحفظ له بسبق يده (فإن ادعى مدع) مسلم أو ذمى (أنه ابنه فالقول قوله) استحسانا ؛ لأنه إقرار له بما ينفعه ؛ لأنه يتشرفُ بالنسب ويعير بعدمه ، وهذا إذا لم يدع الملتقط نسبه ، وإلا فهو أولى من الخارج ولو ذميا مع مسلم (وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به) ؛ لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه ، وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما ؛ لاستوائهما فى السبب ، وإن سبقت دعوى أحدهما فهو ابنه ، لأنه ثبت حقه فى زمان لا ينازع فيه ، إلا إذا أقام الآخر البينة ، لأن البينة أقوى ، هداية .

وَإذا وُجِدَ فى مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ المُسْلِمِينَ أَوْ فى قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَادَّعَى ذِمِّىٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِماً ، وَإِنْ وُجِدَ فى قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فى بِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا .

وَمَنِ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ، فَإِنِ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وكَانَ حُرًّا .

وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ .

(وإذا وجد) اللقيط (فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم) : أى قرى المسلمين (فادعى ذمى أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) تبعاً للدار ، وهذا استحسان ، لأن دعواه تضمَّنَ النسب وإبطال الإسلام الثابتِ بالدار ، والأول نافع للصغير ، والثانى ضار ، فصحت دعواه فيما ينفعه دون ما يضره (وإن وجد) اللقيط (فى قرية من قرى أهل الذمة أوفى بيعة) بالكسر ــ معبد اليهود (أو كنيسة) معبد النصارى (كان ذمياً) وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة ، قال فى الدر : والمسألة رباعية ، لأنه إما أن يجده مسلم فى مكاننا فمسلم ، أو كافر فى مكانهم فكافر ، أو كافر فى مكاننا أو عكسه فظاهر الرواية اعتبار المكان لسبقه ، اهـ . اختيار .

(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) إلا بالبينة ؛ لأنه حر ظاهراً (فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه) ، لأنه ينفعه (وكان حرا) لأن المملوك قد تلد له الحرة ، فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ، والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم من الذمى ؛ ترجيحاً لما هو الأنظر فى حقه . هداية .

(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتباراً للظاهر ، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة هو عليها لما ذكرنا ، ثم يصرفه الواجد له بأمر القاضى ، لأنه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله إليه ، وقيل : يصرفه بغير أمر القاضى ، لأنه للقيط ظاهراً ، وله ولاية الإنفاق وشراء مالا بد منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق ، هداية .

وَلا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ وَلاَ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ اللَّقِيطِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الهِبَةَ وَيُسَلِّمَهُ فِي صِنَاعَةٍ وَيُؤَاجِرَهُ .

كتاب اللقطة

اللُّقَطَةُ: أَمَانَةٌ ، إِذَا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ،

(ولا يجوز تزويج الملتقط) ؛ لانعدام سبب الولاية (ولا تصرفه فى مال اللقيط) لأجل تنميته ؛ لأن ولايته ضعيفة بمنزلة ولاية الأم (ويجوز أن يقبض له الهبة) لأنه نفع محض ، ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا ، وتملكه الأم ووصيها ، هداية (ويسلمه فى صناعة) ؛ لأنه من باب تأديبه وحفظ حاله (ويؤاجره) قال فى الهداية : وفى الجامع الصغير : لا يجوز أن يؤاجره ، ذكره فى الكراهية ، وهو الأصح اهـ ، وفى التصحيح : قال المحبوبى : لايملك إجارته فى الأصح ، ومشى عليه النسفى وصدر الشريعة .

كتاب اللقطة

مناسبتها للقيط ظاهرة ؛ لوجود معنى اللقطة فيهما ، إلا أن اللقيط اختص بالآدمى ، واللقطة بالمال .

(اللقطة) بفتح القاف وتسكن ــ اسم للمال الملتقط ، وهى (أمانة) فى يد الملتقط (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) ويكفيه أن يقول : من سمعتموه ينشد ضالةً فدلُّوه علىَّ ، قال فى الهداية : لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا ، بل هو الأفضل عند عامة العلماء ، وهو الواجب إذا خاف الضياع على ماقالوا ، وإذا كان كذلك لاتكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك ؛ لأن تصادقهما حجة فى حقهما ، وصار كالبينة ، ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع ، وإن لم يشهد وقال « أخذتها للمالك » وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد ؛ وقال أبو يوسف : لايضمن والقول قوله ، اهـ . باختصار ، وفى التصحيح : قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده البرهانى والنسفى وصدر الشريعة ، اهـ .

فإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهَا أَيَّاماً ، وَإِنْ كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا عَرَّفَهَا حَوْلاً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَ إِلاَّ تَصَدَّقَ بِهَا ، فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ بِالخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُلْتَقِطَ ،

(فإن كانت) اللقطة (أقل من عشرة دراهم عرفها) : أى نادى عليها حيث وجَدَها ، وفى الجامع (أياما) على حسب رأى الملتقط ، بحيث يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعدها (و إن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولا) قال فى الهداية: وهذه رواية عن أبى حنيفة ، وقَدَّر محمد فى الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير ، ثم قال : وقيل :الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأى الملتقط ، يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك ، اه . ومثله فى شرح الأقطع قائلا : وهذا اختيار شمس الأئمة ، وفى الينابيع : وعليه الفتوى ، ومثله فى الجواهر ومختارات النوازل والمضمرات كما فى التصحيح . و إن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه إلى أن يخاف عليه الفساد ، و إن كانت شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنورة وقشور الرمان جاز الانتفاع به من غير تعريف ، ولكنه مبقى على ملك مالكه ؛ لأن التمليك من المجهول لايصح، كذا فى الهداية ، وفى الجوهرة : قال بعض المشايخ : التقاط السنابل فى أيام الحصاد إن كان قليلا يغلب على الظن أنه لا يشق على صاحبه لا بأس بأخذه من غير تعريف ، وإلا فلا. اه.

(فإن جاء صاحبها) ردَّها إليه (و إلا تصدق بها) على الفقراء (فإن جاء صاحبها) بعد التصدق بها (فهو بالخيار : إن شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها ، وتصير إجازته اللاحقة بمنزلة الإذن السابق (و إن شاء ضمن الملتقط) ؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه ، و إن شاء ضمن المسكين إن هلك فى يده ؛ لأنه قَبَضَ ماله بغير إذنه ، و إن كان قائماً أخذه ؛ لأنه وجد عين ماله كما فى الهداية ، وأيهما ضمن لا يرجع به على الآخر .

وَيَجُوزُ الالْتِقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالْبَقَرَةِ وَالْبَعِيرِ.

فَإِنْ أَنفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، وَإِنْ أَنفَقَ بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْناً عَلَى مَالِكِهَا.

وَإِذَا رَفَعَ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَهُ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا أَذِنَ لَهُ فِي

(ويجوز الالتقاط فى الشاة) اتفاقا (والبقرة والبعير) خلافا للأئمة الثلاثة ، ثم قيل : الخلاف فى الأولوية ، فعندهم الترك أولى ، لأنها تدفع السباع عن نفسها فلا يُخشى عليها ، وفيه احتمال عدم رضا المالك ، فكره الأخذ، ولنا أنه إذا لم يخش عليها من السباع لم يؤمن عليها من يد خائنة ، فندب أخذها صيانة لها ، وما لها من القوة ربما يكون سبباً للضياع كما هو سبب الصيانة عن السباع ، فتعارضا، فالتحقت بالشاة ، كذا فى الفيض ، فإن قيل : قد جاء فى الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن ضالة الإبل قال : « مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ، دعها حتى يجدها ربها » قيل : فى الحديث إشارة إلى أنه يجوز التقاطها إذا خيف عليها.

(فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته (وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها) لأن للقاضى ولاية فى مال الغائب نظراً له .

(وإذا رفع) الملتقط (ذلك) أى الذى التقطه (إلى الحاكم) ليأمره بالإنفاق عليه (نظر فيه) أى فى المرفوع إليه (فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه ، وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمره بحفظ ثمنها) إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن له فى

ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا .

فَإِذَا حَضَرَ مَالِكُهَا فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْهَا حَتَّى يَأْخُذَ النَّفَقَةَ

وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ ،

ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) ، لأنه نُصِبَ ناظراً من الجانبين ، وفى قوله « جعل النفقة ديناً على صاحبها » إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك إذا شرط القاضى الرجوع على المالك ، وهو الأصح كما فى الهداية .

(وإذا حضر) المالك وطلب اللقطة ، وكان الملتقط قد أنفق عليها (فللملتقط أن يمنعه منها حتى يأخذ النفقة) التى أنفقها عليها ، لأنها حييت بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهته ، فأشبه المبيع . ثم لا يسقط دين النفقة بهلاك اللقطة فى يد الملتقط قبل الحبس ، وتسقط إذا هلكت بعده ، لأنها تصير بالحبس بمنزلة الرهن كما فى الهداية .

(ولقطة الحل والحرم سواء) ، لأنها لقطة ، وفى التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما فى سائرها ، وتأويل ماروى[1] أنه لا يحل

---

(١) ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل إلى أن حكم اللقطة واحد ، سواء أكان قد التقطها الملتقط من الحل أم كان قد التقطها من الحرم ، ويروى مثل ذلك القول عن الشافعى رضى الله تعالى عنه ، والمشهور من مذهبه أنه لا يحل الالتقاط من حرم مكة إلا للحفظ ، وأنه يجب على من التقط شيئاً من الحرم تعريف ما التقطه حتى يجد صاحبه ، وأنه تلزمه الإقامة بمكة لتعريفها ؛ فإن أراد الخروج سلمها للحاكم ، طالت المدة أو قصرت ، قالوا : والسر فى ذلك أن الله تعالى قد جعل مكة مثابة للناس يعودون إليها المرة بعد المرة فربما عاد صاحبها من أجلها أو أرسل من يطلبها له ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة : « إن هذا البلد حرمه الله تعالى ، لايلتقط لقطته إلا من عرفها » وفى رواية الصحيحين عن أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قام فى الناس بعد أن فتح الله عليه مكة فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إن الله حبس عن مكة الفيل ، وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنها لاتحل لأحد قبلى ، وإنما أحلت لى ساعة من نهار ، وإنها لاتحل لأحد بعدى : لاينفر صيدها ، ولا يختلى شوكها ، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » وقد استدل الأئمة الثلاثة على ماذهبوا إليه بأنه عليه الصلاة والسلام قال فى شأن اللقطة : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها =

وَإِذَا حَضَرَ الرَّجُلُ فَادَّعَى أَنَّ اللُّقَطَةَ لَهُ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ ، فَإِنْ أَعْطَى عَلاَمَتَهَا حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ .

وَلاَ يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ ، وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ غَنِيًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا، وَإِنْ كَانَ فَقِيراً فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا إِذَا كَانَ غَنِيًّا عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ ؛ وَاللهُ أَعْلَمُ .

الالتقاط إلا للتعريف، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهراً ، هداية .

(وإذا حضر رجل فادعى أن اللقطة له لم تدفع إليه) بمجرد دعواه ، (حتى يقيم البينة) اعتباراً بسائر الدعاوى (فإن أعطى علامتها حلَّ للملتقط أن يدفعها إليه)، لأن الظاهر أنها له (ولا يجبر على ذلك فى القضاء) ،لأن غيرالمالك قد يعرف وصفها.

(ولا يتصدق) الملتقط (باللقطة على غنى) ، لأن المأمور به هو التصدق ، والصدقة لا تكون على غنى (وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) لأنه ليس بمحل للصدقة (وإن كان فقيراً فلا بأس أن ينتفع بها) فى حاجة نفسه ،لأنه محل لها ، ولأن صرفها إلى فقير آخر كان للثواب ، وهو مثله ، وفيه نظر للجانبين (ويجوز)للملتقط (أن يتصدق بها إذا كان غنيا على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء) ، لأنهم محل للصدقة ، وفيه نظر للجانبين .

= سنة » ولم يفرق بين لقطة الحل ولقطة الحرم ؛ فكان الأمر فيهما سواء . وأيضاً فإن التصدق باللقطة بعد انقضاء مدة التعريف فيه إبقاء ملك المالك من وجه ، حيث يحصل له ثواب الصدقة . وأجابوا عما تمسك به الشافعى فى المشهور من مذهبه بأن الالتقاط لا يحل إلا للتعريف ، ولما كان الالتقاط فى مكة مظنة أن يسقط التعريف لأنها مكان الغرباء يأتون إليها من كل فج عميق ، ثم يتفرقون ، فلا يظن عودهم إليها ، والظاهر أن ماوجده الملتقطمن أملاك هؤلاء الغرباء الذين تفرقوا ؛ فلا فائدة من التعريف حينئذ ؛ فأزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله « لا تحل لقطتها إلا لمنشد » يريد أن حكمها كحكم سائر البلاد ، فافهم ذلك والله يرشدك .

كتاب الخنثى

إِذا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَى،فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ،وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْهُمَا وَالْبَوْلُ يَسْبِقُ مِنْ أَحَدِهِمَا نُسِبَ إِلَى الْأَسْبَقِ ، فَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ سَوَاء فَلَا عِبْرَةَ بِالْكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُنْسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا .

وَإِذَا بَلَغَ الْخُنْثَى وَخَرَجَتْ لَهُ لِحْيَةٌ أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاء فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ

كتاب الخنثى

مناسبته للقطة أنه يتوقف بعض أحكامه حتى يتضح حاله ، واللقطة يُتوقف عن التصرف بها حتى يغلب على الظن ترك طلبها .

(إذا كان للمولود فرج وذكر) أو كان عاريا عنهما ، بأن كان له ثقبة لا تشبههما (فهوخنثى:فإن كان يبول من الذكرفهو غلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى) ، لأن البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلى الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب . هداية (وإن كان يبول منهما والبول يسبق من أحدهما نسب) الحكم (إلى الأسبق) ، لأن السبق يدل على أنه المجرى الأصلى وغيره عارض (وإن كانا فى السبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند أبى حنيفة) ، لأنه قد يكون لاتساع أحدهما وضيق الآخر (وقال أبو يوسف ومحمد : ينسب) الحكم (إلى أكثرهما)بَوْلاً ، لأنهاعلامة قوة ذلك العضو ، ولأن للأكثرحكم الكل فى كثير من الأحكام ، قال فى التصحيح : ورجح دليل الإمام فى الهداية والشروح ، واعتمده المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة .

(وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء)أو احتلم كما يحتلم الرجال أو كان له ثدى مستو . هداية (فهورجل) ،لأنها علامات الرجال(وإن ظهر له ثدى

كَثَدْىِ الْمَرْأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ أَوْ حَاضَ أَوْ حَبِلَ أَوْ أَمْكَنَ الْوُصُولُ إِلَيْهِ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ امْرَأَةٌ ، فَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ إِحْدَى هَذِهِ الْعَلَامَاتِ فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، وَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الْإِمَامِ قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَاعَ لَهُ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِذَا مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَّفَ ابْنًا وَخُنْثَى فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ : لِلِابْنِ سَهْمَانِ ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ ، وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ غَيْرُ ذَلِكَ فَيُتَّبَعَ .

كثدى المرأة ، أو نزل له لبن فى ثديه ، أو حاض ، أو حبل ، أو أمكن الوصول إليه من الفرج ، فهو امرأة) ، لأنها علامات النساء (فإن لم تظهر له إحدى هذه العلامات) أو تعارضت فيه (فهو خنثى مشكل) له أحكام مخصوصة؛ قال فى الهداية: والأصل فيه أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق فى أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته ، اهـ . وهذا إجمال ما قال المصنف بقوله : (وإذا وقف) الخنثى (خلف الإمام) لصلاة الجماعة (قام بين صف الرجال و) صف (النساء ، و) إذا بلغ حد الشهوة (تباع له أمة تختنه) لإباحة نظر مملوكته إلى عورته ، رجلا كان أو امرأة (إذا كان له مال؛ فإن لم يكن له مال ابتاع) أى اشترى (له الإمام) أمة (من) مال (بيت المال)؛ لأنه أعدّ لنوائب المسلمين (فإذا ختنته باعها) الإمام (ورد ثمنها إلى بيت المال ، وإذا مات أبوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند أبى حنيفة على ثلاثة أسهم : للابن سهمان ، وللخنثى سهم ، وهو) فى هذا المثال المذكور (أنثى عنده فى الميراث) ، لأن ذلك ثابت بيقين ، والزيادة مشكوك فيها ؛ فلا يحكم بالشك (إلا أن يتبين غير ذلك فيتبع) والأصل عنده أن له أسوأ الحالين من الذكورة والأنوثة ، ويتصور فى ذلك أربع صور ؛ الأولى: أن يكون إرثه فى حال الأنوثة أقل ، فينزل أنثى كما فى مسألة

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ وَنِصْفُ مِيرَاثِ الْأُنْثَى ،

المتن [١] . والثانية : أن يكون فى حال الذكورة أقل كزوج وأم وخنثى شقيق أو لأب فينزل [٢] ذكراً . والثالثة أن يكون محروماً فى حال الأنوثة كشقيقتين وخنثى لأب فيحرم [٣] . والرابعة : أن يكون محروماً فى حال الذكورة كزوج وشقيقة وخنثى لأب فيحرم أيضا (وقالا : للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى) : أى يجمع بين نصيبه على تقدير أنوثته وذكوريته ويعطى نصف المجموع

---

(١) صورة المتن هى : مات رجل وترك ولدين أحدهما ذكر بين الذكورة وثانيهما خنثى ، فلو فرضنا الخنثى ذكرا لاستحق نصف التركة ، ولو فرضنا الخنثى أنثى لاستحق ثلث التركة . إذ أن الذكرين عصبة من جهة واحدة وفى قوة واحدة والمال المتروك يقسم بينهما بالسوية ، والذكر والأنثى من جهة واحدة ، وفى قوة واحدة ، وهما عصبة ، فيعطى للذكر مثل حظ الأنثيين .

(٢) لو فرضنا الخنثى فى هذه المسألة ذكرا لكان أخا شقيقا للميت أو أخا لأب فيكون عصبة فيأخذ ما بقى من أصحاب الفروض ، فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقى هو السدس يأخذه الخنثى المفروض ذكرا ، ولو فرضنا الخنثى أنثى فى هذه المسألة لكان أختا شقيقة أو أختا لأب ، فيكون من أصحاب الفروض ، ونصيب الأخت الشقيقة أو الأخت لأب نصف التركة إذا لم تكن محجوبة ، ولا شك أن الخنثى على هذا الفرض أحسن حالا من فرض كونه ذكرا .

(٣) لو فرضنا الخنثى فى هذه المسألة ذكرا لكان أخا لأب فيكون عصبة ، فيأخذ ما بقى بعد أصحاب الفروض ، وأصحاب الفروض فى هذه المسألة الأختان الشقيقتان ، وفرضهما الثلثان ، فيأخذ الخنثى — على فرض ذكورته — الثلث الباقى ، ولو فرضنا الخنثى أنثى لما أخذ شيئا ، لأنه حينئذ يكون أختا لأب ، والأخت لأب لا تأخذ مع وجود الأختين الشقيقتين شيئا إلا أن يكون معها من يعصبها وهو الأخ لأب ، ولا وجود لهذا المعصب فى المسألة ؛ فهذا معنى كون الخنثى محروما من التركة على فرض أنه أنثى .

(٤) لو فرضنا الخنثى فى هذه المسألة أنثى لكان أختا لأب ؛ فيكون من أصحاب الفروض ، فيأخذ الزوج النصف ، وتأخذ الأخت الشقيقة النصف ، وتأخذ الأخت لأب السدس ، وتعول المسألة ، لأن الأخت لأب تأخذ السدس مع الأخت الشقيقة الواحدة تكملة الثلثين اللذين هما نصيب الأخوات ، ولو فرضنا الخنثى ذكرا لكان أخا لأب فيكون عصبة ، والعصبة يأخذون ما بقى بعد أصحاب الفروض إن بقى لهم شىء ، وأصحاب الفروض هنا الزوج ونصيبه نصف التركة ، والأخت الشقيقة ونصيبها النصف أيضاً ، فلا يبقى للعاصب شىء ، وهذا معنى كون الخنثى محروما من الميراث على فرض أنه ذكر .

وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِي ، وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ، قَالَ أَبُو يُوسُفَ : الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةِ أَسْهُمٍ : لِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْماً : لِلِابْنِ سَبْعَةٌ ، وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ .

كتاب المفقود

إِذَا غَابَ الرَّجُلُ ، وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ ، وَلَا يُعْلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ ، نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ

(وهو قول الإمام) عامر (الشعبى ، واختلفا) : أى الإمامان (فى قياس) : أى فى تخريج (قوله : قال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة أسهم)؛ لأن الخنثى بتقدير ذكوريته له سهم، وبتقدير أنوثته نصف، ومجموعهما سهم ونصف، ونصف مجموعهما ثلاثة أرباع ، وللابن سهم كامل ؛ فتصح من سبعة (للابن أربعة ، وللخنثى ثلاثة ، وقال محمد : المال بينهما على اثنى عشر سهماً) ؛ لأن الخنثى يستحق النصف إن كان ذكراً ، والثلث إن كان أنثى ، والنصف والثلث خمسة من ستة ، فله نصف ذلك وهو اثنان ونصف من ستة ، ووقع الكسر بالنصف فضربت الستة فى اثنين صار اثنى عشر ؛ فكان (للابن سبعة) قائمة من ضرب ثلاثة ونصف فى الاثنين (وللخنثى خمسة) قائمة من ضرب اثنين ونصف فى الاثنين ، قال فى التصحيح : قال الإسبيجابى : وقول محمد مضطرب ، والأظهر أنه مع أبى حنيفة ، والصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه برهان الشريعة والنسفى وصدر الشريعة . اهـ .

كتاب المفقود

مناسبته للخنثى ظاهرة ، من حيث وقفُ الأحكام إلى البيان .

وهو لغة : المعدوم ، وشرعاً : غائب انقطع خبره ، ولا يعلم حياته ولا موته ، كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا غاب الرجل ، ولم يعرف له موضع) ليستطلع عليه (ولا يعلم أحى هو أم ميت ؛ نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه) : أى على

وَيَسْتَوْفِي حُقُوقَهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ ، وَلاَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ ، فإذا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ

ماله بالحفظ من عقاره وضياعه وجمع ثماره و يبيع مايخاف فساده(ويستوفى حقوقه) كقبض غَلاَّته والدين الذى أقر به غريمٌ من غرمائه ؛ لأن القاضى نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة ، وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له . هداية (و ينفق على زوجته وأولاده) و إن سفلوا ، ووالديه و إن علوا قال فى الهداية :والأصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته ؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة ، وكل من لا يستحقها فى حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فى غيبته ؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع ؛ فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزَّمْنَى من الذكور الكبار، ومن الثانى الأخ والأخت والخال والخالة . اهـ (من ماله) إن كان ماله دراهم أو دنانير أو تبراً ، وكان فى يد القاضى أو يد مودَعٍ أو مديون مُقِرَّين بهما و بالنكاح أو القرابة إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى ، فإن كانا ظاهرين عند القاضى لاحاجة إلى الإقرار ، و إن دفع المودَعُ بنفسه أو المديون بغير أمر القاضى يضمن المودَعُ ولا يبرأ المديون ، كذا فى الهداية (ولا يفرق بينه) : أى بين المفقود (و بين امرأته) ؛ لأن الغيبة لا توجب الفرقة (فإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) ؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها ، قال فى التصحيح : قال الإمام الإسبيجابى : وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وذكر محمد فى الأصل موت الأقران، وهو ظاهر المذهب، وهكذا فى الهداية ، قال فى الذخيرة : و يشترط جميع الأقران ، فما بقى واحد من أقرانه لا يحكم بموته ، ثم إن بعض مشايخنا قالوا : يعتبر موت أقرانه من جميع البلدان ، وقال بعضهم : أقرانه من أهل بلده ؛ قال شيخ الإسلام خواهر زاده : وهذا القول أصح ، قال الشيخ محمد بن حامد : قدره بتسعين سنة ، وعليه الفتوى. قلت : وعلى هذا مشى الإمام برهان الأئمة المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة . اهـ

وَاعْتَدَّتِ امْرَأَتُهُ ، وَقُسِّمَ مالُه بَيْنَ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ ، وَلاَ يَرِثُ المَفْقُودُ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ .

كتاب الإِبَاق

إِذَا أَبَقَ مَمْلُوكٌ فَرَدَّهُ رَجُلٌ عَلَى مَوْلاَهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلاَثَةِ أَيَّام فَصاعِداً فَلَهُ عَلَيْهِ الْجُعْلُ أَرْبَعُونَ دِرْهَماً ، وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسابِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ دِرْهَماً قُضِيَ لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلاَّ دِرْهَماً ،

(و) إذا حكم بموت المفقود (اعتدت امرأته) عِدَّةَ الوفاة (وقسم ماله بين ورثته الموجودين فى ذلك الوقت) : أى وقت الحـكم بموته (ومن مات منهم) أى من ورثته (قبل ذلك) الوقت (لم يرث منه) : أى من المفقود ؛ لعدم تحقق موته (ولا يرث المفقود من أحد مات فى حال فقده) ؛ لعدم تحقق حياته ، ومن شرط الإرث تحقق موت المورث وحياة الوارث .

كتاب الإباق

مناسبته للمفقود أن كلا منهما تَرَكَ الأهل والوطن، وصار فى عرضية التلف والمحن

قال فى الجوهرة : هو التمرد والانطلاق ، وهو من سوء الأخلاق ، ورداءة الأعراق ، وردُّه إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان ؟ . اهـ.

(إذا أبق مملوك فردَّه رجل على مولاه من) مدة سفر (مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً) : أى فأكثر (فله عليه الجعل) تماما ، وهو (أربعون درهما، وإن رَدَّه لأقل من ذلك) المقدار (فبحسابه) اعتباراً للأقل بالأكثر ؛ فيجب فى رده من يومين ثلثاها ، ومن يوم ثلثها ، ومَنْ رده من أقل منه أو وجده فى المصر يُرْضَخُ له ، وعن أبى حنيفة لا شىء له فى المصر ، كذا فى الفيض عن الأصل (وإن كانت قيمته) : أى الآبق المردود من مدة سفر (أقل من أربعين درهما قضى له) : أى للذى رده (بقيمته إلا درهما) ليسلم للمالك شىء تحقيقا للفائدة ، قال فى التصحيح : قال الإسبيجابى : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، واعتمده المحبوبى

وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِى رَدَّهُ فَلاَ شَىْءَ عَلَيْهِ ، وَيَنْبَغِى أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخَذَهُ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ الآبِقُ رَهْناً فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ .

كتاب إحياء الموات

الْمَوَاتُ : مَا لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ لِانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهُ

والنسفى وصدر الشريعة . اهـ (وإن أبق من) يد (الذى رده فلا شىء عليه) قال فى الهداية : لكن هذا إذا أشهد ، وقد ذكرناه فى اللقطة ، ثم قال : وفى بعض النسخ « لا شىء له » وهو صحيح أيضا ؛ لأنه فى معنى البائع من المالك ، ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل ، بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ، اهـ .

(وينبغى) للراد للآبق (أن يشهد إذا أخذه أنه يأخذه ليرده) على مالكه قال فى الهداية : والإشهاد حتم على قول أبى حنيفة ومحمد ، حتى لو رده من لم يُشْهد وقت الأخذ لا جُعْلَ له عندهما ؛ لأن ترك الإشهاد أمارة على أنه أخذه لنفسه . اهـ (فإن كان العبد الآبق رهناً فالجعل على المرتهن) ؛ لأن اليد له ، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل ؛ فإن كانت أكثر فحصة الدين عليه و الباقى على الراهن ؛ لأن حقه بالقَدْر المضمون كما فى الفيض .

كتاب إحياء الموات

مناسبته للآبق من حيث الإحياء فى كل منهما ؛ لما مر أن رد الآبق إحياء له . والإحياء لغة : جعل الشىء حَيًّا ، أى ذا قوة حساسة أو نامية . وشرعاً : إصلاح الأرض المَوَاتِ بالبناء أو الغرس أو الكِرَاب أو غير ذلك كما فى القهستانى . و (الموات) كسحاب وغراب ــ مالا روح فيه ، أو أرض لا مالك لها . قاموس . وفى المغرب : هو الأرض الخراب ، وخلافه العامر . اهـ ، وشرعا : (مالا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه) بارتفاعه عنه ، أو ارتدام مجراه ، أو غير ذلك

أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ ، فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًّا لاَ مَالِكَ لَهُ ، أَوْ كَانَ مَمْلُوكاً فِي الْإِسْلَامِ لاَ يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْقَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ فِي أَقْصَى الْعَامِرِ فَصَاحَ لَمْ يُسْمَعِ الصَّوْتُ فِيهِ؛ فَهُوَ مَوَاتٌ :مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَلَكَه ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

(أو لغلبة الماء عليه ، أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) كغلبة الرمال أو الأحجار أو صيرورتها سبخة ، سميت به تشبيها بالحيوان إذا مات ولم يبق منتفعاً به (فما كان منها) : أى الأرض (عاديًّا) : أى قديمَ الخرابِ بحيث لم يُمْلَكْ فى الإسلام ، كما أشار إليه بقوله (لا مالك له) : أى فى الإسلام ، فكأنها خربت من عهد عادٍ ؛ بدليل المقابلة بقوله (أو كان مملوكا فى الإسلام) ولكن لطول تركِهِ وعدم الانتفاع به (لا يُعرف له مالك بعينه ، وهو بعيدمن القرية بحيث إذا وقف إنسان) جهورى الصوت (فى أقصى العامر) من دور القرية كما فى القهستانى عن التجنيس (فصاح) بأعلى صوته (لم يسمع الصوت فيه) : أى فى المكان الغير المنتفع به (فهو مَوَات) عند أبى يوسف ؛ وعند محمد : إن ملكت فى الإسلام لاتكون مَوَاتاً ، وإذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين ، واعتبر فى غير المملوكة عدم الارتفاق سواء قربت أو بعدت ، وهى ظاهر الرواية ، وبها يفتى كما فى القهستانى عن الكبرى والبرجندى عن المنصورية عن قاضيخان، كذا فى الدرر، وقال الزيلعى: وجعل القدورى المملوك فى الإسلام إذا لم يعرف مالكه من الموات ؛ لأن حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الإمام كما يتصرف فى الموات ؛ لا أنه موات حقيقة .اهـ. وظاهره عدم الخلاف فى الحقيقة تأمل .

ثم (من أحياه) أى الموات (بإذن الإمام ملكه) اتفاقا (وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبى حنيفة) ؛ لأنه مغنوم للمسلمين ؛ لوصوله إلى يدهم بإيجاف الخيل

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَمْلِكُهُ

وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُ الْمُسْلِمُ .

وَمَنْ حَجَّرَ أَرْضاً وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الْإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ ،

وَلا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ

والركاب ؛ فليس لأحد أن يختص به دون الإمام ، كما فى سائر الغنائم (وقالا : يملكه) ولو بدون إذن الإمام ؛ لأنه مباح سبقت إليه يده فيملكه كما فى الحطب والصيد ، قال فى التصحيح : واختار قول الإمام البرهانى والنسفى وغيرهما . اهـ . وفى الجوهرة : ثم إذا لم يملكها عند أبى حنيفة بالإحياء وملّكه إياها الإمام تصير ملكا له ، والأولى للإمام أن يجعلها له ولا يستردها منه ، وهذا إذا ترك الاستئذان جهلا ، أما إذا تركه تهاوناً بالإمام كان له أن يستردها زَجْراً له ، اهـ . وفى الهداية: ويجب فيه العُشْر ؛ لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز ، إلا إذا سقاه بماء الخراج ، لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على المسلم على اعتبار الماء ، فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل : الثانى أحق بها ؛ لأن الأول ملك استغلالها لارقبتها ، فإذا تركها كان الثانى أَحَقَّ بها ، والأصح أن الأول ينزعها من الثانى ؛ لأنه ملكها بالإحياء كما نطق به الحديث ، اهـ .

(ويملك الذمى) الموات (بالإحياء كما يملك المسلم) ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ، إلا أنه لا يملكه بدون إذن الإمام اتفاقا كما فى القهستانى ، قيد بالذمى لأن المستأمن لا يملكه مطلقاً اتفاقا كما فى النظم .

(ومن حَجَّر أرضاً) : أى علّمها بوضع الأحجار حولها ، أو منع غيره منها بوضع علامة من حجر أو غيره (ولم يعمرها) : أى لم يحيها (ثلاث سنين أخذها الإمام) من المحجر (ودفعها إلى غيره) ، لأن التحجير ليس بإحياء ، ولأن الإمام إنما دفعها له لتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العُشْر أو الخراج ، فإذا لم يحصل يدفعها إلى غيره تحصيلا للمقصود .

(ولا يجوز إحياء ماقرب من العامر) لأنه تبع له ، لأنه من مرافقه كما صرح به

وَيُتْرَكُ مَرْعًى لِأَهْلِ الْقَرْيَةِ وَمُطَّرَحاً لِحَصَائِدِهِمْ .

وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِي بَرِّيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْبِئْرُ لِلْعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ فَسِتُّونَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْناً فَحَرِيمُهَا ثَلَاثُمِائَةِ ذِرَاعٍ ،

بقوله : (ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحا لحصائدهم) ، لتحقق حاجتهم إليها فلا يكون مَوَاتاً لتعلق حقهم بها ، بمنزلة الطريق والنهر ، وعلى هذا قالوا : لا يجوز أن يقطع الإمام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا ، هداية . وإذا أحاط الإحياء بجوانب ما أحياه الأربعة على التعاقب فطريقهُ فى الرابعة كما فى الدرر وغيرها .

(ومن حفر بئرا فى برية) بإذن الإمام عنده ، ومطلقاً عندهما على ما مر ، لأن حفر البئر إحياء (فله حريمها) من جوانبها الأربع ، لأن تمام الانتفاع لا يكون إلا به (فإن كانت البئر للعطن) : أى مُنَاخ الإبل ، وهى التى يُنَاخ حولها الإبل ويستقى لها باليد (فحريمها أربعون ذراعاً) ثم قيل : الأربعون من كل الجوانب ، والصحيح أنه من كل جانب ؛ لأن فى الأراضى رخوة يتحول الماء إلى ما حفر دونها ، هداية (وإن كانت) البئر (للناضح) وهى التى يستخرج ماؤها بسير الإبل ونحوها (فستون ذراعاً) وهذا عندهما ، وعند أبى حنيفة أربعون أيضاً ، ورجح دليله واعتمده واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما ، كذا فى التصحيح . وفيه عن مختارات النوازل : من حفر بئراً فى برية موات فله حريمها على قدر الحاجة من كل الجوانب ، وهو الصحيح . اه . (وإن كانت) المستخرجة بالحفر (عيناً) جارية (فحريمها ثلاثمائة ذراع) من كل جانب ، قال فى الينابيع : وذكر الطحاوى خمسمائة ذراع ، وهذا التقدير ليس بلازم ، بل هو موكول إلى رأى الناس واجتهادهم ، اه . وفى الهداية : والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب ، اه . ثم قال : وقيل : إن التقدير فى العين والبئر بما ذكرنا فى أراضيهم لصلابتها ، وفى أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الأول ، اه

وَمَنْ أَرادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا مُنِـعَ مِنْهُ

وَما تَرَكَ الْفُرَاتُ أَوِ الدِّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ يَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ ؛ وَإِنْ كَانَ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالْمَوَاتِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيماً لِعَامِرٍ يَمْلِكُهُ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عِنْدَ الْإِمَامِ .

وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ

المراد بالذراع ذراع العامة ، وهى ست قبضات ، و يعبر عنها بالمكسرة ؛ لأن ذراع الملك كان سبع قبضات فكسر منه قبضة (فمن أراد أن يحفر فى حريمها) أى حريم للمذكورات (منع منه) كيلا يؤدى إلى تفويت حقه أو الإخلال به ، لأنه بالحفر مَلَكَ الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به ، فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه ، فإن احتفر آخر بئراً فى حريم الأول فللأول كبسه[1] أو تضمينه ، وتمامه فى الهداية .

(وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل) ماؤه (عنه) : أى عن المتروك (و) لكن (يجوز عوده) : أى الماء (إليه) : أى إلى ذلك المكان الذى تركه (لم يجز إحياؤه) ولو بإذن الإمام ، لحاجة العامة إلى كونه نهراً (و إن كان لا يجوز) : أى غير محتمل (أن يعود إليه فهو كالموات) : أى لأنه ليس فى ملك أحد ، وهذا (إذا لم يكن حريماً ا) محل (عامر) فإن كان حريماً لعامر كان تبعاً له ، لأنه من مرافقه ، و إذا لم يكن حريماً لعامر فإنه (يملكه مَنْ أحياهُ) إن كان (بإذن الإمام عند الإمام) وإلا فلا ، خلافا لهما كما تقدم .

(ومن كان له نهر) يجرى (فى أرض غيره فليس له) أى لصاحب النهر (حريمه) بمجرد دعواه أنه له (عند أبى حنيفة) ، لأن الظاهر لا يشهد له ، بل لصاحب الأرض ، لأنه من جنس أرضه ، والقول لمن يشهد له الظاهر (إلا أن

---

(١) كبسه : أراد ردمه .

يُقِيم بيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ . وقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ : لَهُ مُسَنَّاةٌ[1] يَمْشِى عَلَيْهَا وَيُلقِى عَلَيْهَا طِينَهُ

كتاب المأذون

إذا أَذِنَ المَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجارَاتِ : يَشْتَرِى ، وَيَبِيعُ ، ويَرْهَنُ ، ويَسْتَرْهِنُ .

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فى نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ

يقيم البينة على ذلك) ، لأنها لإثبات خلاف الظاهر (وقالا : له مسناة[1] يمشى عليها ، ويلقى عليها طينه) ، لأن النهر لابد له من ذلك ، فكان الظاهر أنه له ، قال فى التصحيح : واختار قول الإمام المحبوبى والنسفى ، قال : وهذا إذا لم تكن مشغولة بغرس لأحدهما أو طين ، فإن كان فهى لصاحب الشغل بالاتفاق . اه . وفى الهداية : ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضاً وثمرة الخلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده ، وعندهما لصاحب النهر ، اه .

كتاب المأذون

مناسبته لإحياء الموات أن فى الإذن للعبد والصغير إحياء له معنى .

وهو لغة : الإعلام ، وشرعا : فك الحجر و إسقاط الحق ، كما فى الهداية .

(إذا أذن المولى لعبده فى التجارة إذناً عاما) كأن يقول له : أذنت لك فى التجارة ، من غير تقييد بنوع مخصوص (جاز تصرفه فى سائر التجارات) اتفاقا لأن اسم التجارة عام يتناول الجنس ، و إذا جاز تصرفه (يشترى) ما أراد (و يبيع) ؛ لأنهما أصل التجارة (و يرهن ، ويسترهن) و يؤجر و يستأجر ؛ لأنها من صنيع التجار .

(و) كذا (إذا أذن له) المولى (فى نوع منها) :أى من أنواع التجارة (دون

---

(١) المسناة ــ بضم الميم وفتح السين وتشديد النون ــ ما يبنى فى وجه السيل لحبس الماء وفى أساس البلاغة للزمخشرى « عقدوا مسناة ومسنيات لحبس الماء » . اه . ويراد من المسناة هنا ما يكون كالجسر للنهر : يمشى عليه المالك ، ويلقى عليه طينه عند الكرى (أى الحفر) .

غَيْرِهِ فَهُوَ مأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا .

وإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بعيْنِهِ فَلَيْسَ بِمأْذُونٍ

وإِقْرارُ المَأْذُونِ بالدُّيُونِ والغُصُوبِ جَائِزٌ ، ولَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، ولاَ أَنْ يُزَوِّجَ مَمَالِيكَهُ ، ولاَ يُكَاتِبَ ، ولاَ يُعْتِقَ عَلَى مالٍ ، ولا يَهَب بِعِوَضٍ ولاَ بغَيْرِ عِوَضٍ ، إلاَّ أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضِيف مِنْ يُطْعِمهُ

غيره) : أى غير ذلك النوع ، كأن يقول له : أذنت لك فى التجارة فى البر فقط (فهو مأذون فى جميعها) ؛ لما تقدم أنه إسقاط الحق وفك الحجر ؛ فتظهر مالكية العبد ؛ فلا يتخصص بنوع دون نوع .

(وإن أذن له فى شىء بعينه) كشراء ثوب للكسوة وطعام للأكل (فليس بمأذون) ؛ لأنه استخدام ، فلو صار به مأذوناً يفسد عليه باب الاستخدام .

(وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز) وكذا بالودائع ؛ لأن الإقرار من توابع التجارة ؛ إذ لولم يصح لاجتنب الناسُ مبايعته ومعاملته ، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن ، إذا كان الإقرار فى صحته ، فإن كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحر ، هداية (وليس له) : أى للمأذون (أن يتزوج) ؛ لأنه ليس بتجارة (ولا أن يزوج مماليكه) قال فى التصحيح : هذا على إطلاقه قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : له أن يزوج أمته ، واختار قوله المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، ورجح دليلهما ، اه (ولا يكاتب) عبداً (ولا يعتق على مال) وعلى غير مال بالأولى (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض) ؛ لأن كل ذلك تبرع ابتداء وانتهاء أو ابتداء ، فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة ، هداية (إلا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) أى يضيفه ، وكذا من لم يطعمه كما فى القهستانى عن الذخيرة لأن ذلك من ضروريات التجارة استجلاباً لقلوب معامليه وأهل حرفته .

وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ : يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ ، إِلاَّ أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى ، وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ دُيُونِهِ شَيْءٌ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ

وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَصِرْ مَحْجُوراً عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ الْحَجْرُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ الْمَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَبَقَ الْعَبْدُ صَارَ

(وديونه) : أى المأذون (متعلقة برقبته : يباع) فيها (للغرماء) أى لأجلهم أى يبيع القاضى المأذون فى ذلك الدين بطلب الغرماء، وهذا إذا كان السيد حاضراً فإن غاب لايبيعه : لأن الخصم فى رقبته هو السيد ، و بيعه ليس بحتم ، فإن لهم استسعاءه كما فى الذخيرة (إلا أن يفديه المولى) بدفع ماعليه من الدين؛ لأنه لايبقى فى رقبته شيء (و يقسم ثمنه) إذا بيع (بينهم) : أى الغرماء (بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة ، فصار كتعلقها بالتركة (فإن فضل من ديونه شيء طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به ، ولا يباع ثانيا دفعا للضرر عن المشترى

(وإن حجر عليه) المولى (لم يصر محجوراً عليه) بمجرد حجره ، بل (حتى) يعلم المأذون به ، و (يظهر حجره بين) أكثر (أهل سوقه) حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لاينحجر ، إذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه ، فقام ذلك مقام الظهور عند الكل . هذا إذا كان الإذن شائعا ، أما إذا كان لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بمعرفته ينحجر ، لانتفاء الضرر ، كذا فى الدرر ، وهذا فى الحجر القصدى ، أما إذا ثبت الحجر ضمنا فلايشترط العلم كما صرح بذلك بقوله : (فإن مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً) وحكم بلحاقه (صار المأذون محجوراً عليه) ولولم يعلم المأذون ولا أهل سوقه ، لأن الإذن غير لازم ، ومالايكون لازمامن التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء فلابد من قيام أهلية الإذن فى حالة البقاء ، وهى تنعدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق لأنه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته هداية (وإذا أبق العبد) المأذون (صار

مَحْجُوراً عَلَيْهِ

وَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيما فِي يَدِهِ مِنَ المَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ لَمْ يَمْلِكِ المَوْلَى مَا فِي يَدِهِ ، فَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيدَهُ لَمْ يُعْتَقُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِذَا بَاعَ مِنَ المَوْلَى شَيْئاً بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ ، فَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ

محجوراً عليه) دلالة ، لأن المولى لا يرضى بإسقاط حقه حال تمرُّدِهِ .

(وإذا حجر) بالبناء للمجهول (عليه) : أى المأذون (فإقراره) بعده (جائز فيما فى يده من المال) أنه أمانة لغيره ، أو غصب منه ، أو دين له عليه (عند أبى حنيفة) لأن يده باقية حقيقة ، وشرطُ بطلانها بالحجر حكما فراغُها عن حاجته ، وإقراره دليل تحققها ، وقالا : لا يجوز إقراره بعده ، لأن المصحح لإقراره إن كان الإذنَ فقد زال بالحجر ، وإن كان اليَدَ فالحجر أبطلها ، لأن يد المحجور غير معتبرة وصنيع الهداية صريح فى ترجيح الأول .

(وإذا لزمته) : أى المأذون (ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده) من أكسابه ، لتعلق حق الغرماء فيها ، وحقُّ الغرماء مقدَّمٌ على حق المولى ولذا كان لهم بيعه ، فصار كالتركة المستغرقة بالدين (فإن أعتق) المولى (عبيده) أى عبيد المأذون (لم يعتقوا عند أبى حنيفة) لصدوره من غير مالك (وقالا : يملك) المولى (ما فى يده) من أكسابه ، فينفُذُ إعتاقه لعبيده ، ويغرم القيمة ، لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ، ولهذا يملك إعتاقه ، قال فى الينابيع : يريد به لم يعتقوا فى حق الغرماء ، فلهم أن يبيعوهم ويستوفوا ديونهم ، أما فى حق المولى فهم أحرار بالإجماع ، اهـ . قال فى التصحيح : واختار قول الإمام المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة (وإذا باع) المأذون المديون (من المولى شيئا بمثل قيمته) أو أكثر (جاز) البيع ، لعدم التهمة (فإن باعه بنقصان) ولو يسيرا

لَمْ يَجُزْ ، فَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئاً بِمِثْلِ الْقِيمَةِ جَازَ الْبَيْعُ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ ، وَالْمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ، وَمَا بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ يُطَالَبُ بِهِ الْمُعْتَقُ، وَإِذَا وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا .

وَإِنْ أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ

(لم يجز) البيع ، لتمكن التهمة (و إن باعه المولى شيئا بمثل القيمة) أو أقل (جاز البيع) لعدم التهمة وظهور النفع (فإن سلمه) : أى سلم المولى المبيعَ (إليه) : أى المأذون (قبل قبض الثمن) منه والثمنُ دينٌ (بطل الثمن) لأنه بالتسليم بطلت يد المولى فى العين ولا يجب للمولى على عبده دين . قيدنا بكون الثمن دينا لأنه لو كان عَرْضاً لا يبطل وكان المولى أحق به من الغرماء ؛ لتعلق حقه بالعين (و إن أمسكه) : أى أمسك المولى المبيع (فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) ؛ لأن البائع له حق الحبس فى المبيع، وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا كان يتعلق بالعين ، هداية .

(و إن أعتق المولى) العبد (المأذون و) كان (عليه) : أى المأذون (دين) ولو محيطا برقبته (فعتقه جائز) ؛ لأن ملكه فيه باقٍ (والمولى ضامن لقيمته للغرماء) ؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالَبُ به) المأذون (المعتقُ) ؛ لأن الدين فى ذمته ، وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا ، فبقى الباقى عليه كما كان ، فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ، لأن حقهم بقدره (و إذا ولدت) الأمة (المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها) بدلالة الظاهر : لأن الظاهر أنه يُحَصِّنُها بعد الولادة ولا يرضى ببروزها ومخالطتها الرجالَ ، بخلاف ابتداء الإذن ؛ لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها .

(و إذا أذن ولى الصبى) وهو: الأب ، ثم وصيه، ثم الجد ، ثم وصيه، ثم القاضى

لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ فَهُوَ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ ، إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ .

كتاب المزارعة

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ : الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : جَائِزَةٌ ،

كما سيأتى (للصبى فى التجارة فهو فى) الدائر بين النفع والضرر، مثل (الشراء والبيع كالعبد المأذون ، إذا كان يعقل البيع والشراء) ؛ لأن الصبى العاقل يشبه البالغ من حيث إنه مميز ، و يشبه الطفل الذى لا عَقْلَ له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب ، وفى عقله قصور ، وللغير عليه ولاية ، فألحق بالبالغ فى النافع المحض ، و بالطفل فى الضارّ المحض ، وفى الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن و بالبالغ عند الإذن ؛ لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن ، ولكن قبل الإذن يكون منعقداً موقوفاً على إجازة الولى ؛ لأن فيه منفعة ؛ لصيرورته مهتدياً إلى وجوه التجارات كذا فى الدرر .

كتاب المزارعة

مناسبته للمأذون أن كلا من العبد المأذون والمزارع عامل فى ملك الغير .

والمزارعة ـ وتسمى المخابرة ، والمحاقلة ـ لغة : مفاعلة من الزرع ، وفى الشريعة : عقد على الزرع ببعض الخارج كما فى الهداية .

(قال) الإمام (أبو حنيفة : المزارعة بالثلث والربع) والأقل والأكثر (باطلة): لما روى أنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن المخابرة » ولأنها استئجار ببعض الخارج ، فيكون فى معنى قفيز الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معدوم، وكل ذلك مفسد ، ومعاملة النبى صلى الله عليه وسلم أَهْلَ خيبر كان خراج مقاسمة كما فى الهداية وتقييد المصنف بالثلث والربع باعتبار العادة فى ذلك (وقال أبو يوسف ومحمد) هى (جائزة) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم « عامل أهل خيبر على نصف مايخرج

وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجهٍ : إِذَا كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ جَازَتِ الْمُزَارَعَةُ ، وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لِآخَرَ جَازَتْ ، وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ لِآخَرَ جَازَتْ وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالْبَذْرُ وَالْعَمَلُ لِآخَرَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ

من تمر أو زرع » ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز اعتبارا بالمضاربة ، والفتوى على قولهما كما فى قاضيخان والخلاصة ومختارات النوازل والحقائق والصغرى والتتمة والكبرى والهداية والمحبوبى ، ومشى عليه النسفى كما فى التصحيح ، وفى الهداية والفتوى على قولهما ، لحاجة الناس إليها ، ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع . اه .

ولما كان العمل والفتوى على قولهما فرّع عليه المصنف فقال : (وهى عندهما على أربعة أوجه) تصح فى ثلاثة منها وتبطل فى واحد ، لأنه (إذا كانت الأرض والبذر لواحد ، والعمل والبقر من آخر ، جازت المزارعة) وصار صاحب الأرض والبذر مستأجراً للعامل ، والبقر تبع له ، لأن البقر آلة العمل (و) كذا (إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) أيضاً ، وصار العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج (و) كذا (إذا كانت الأرض والبقر والبذر لواحد والعمل لواحد جازت) أيضاً ، وصار رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج ، وقد نظم شيخنا هذه الثلاث الجائزة فى بيت فقال :

أرض وبذر ، كذا أرض ، كذا عمل   من واحد ، ذى ثلاث كلها قبلت

(وإذا كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) ، لأنه لو قدر إجارة للأرض فاشتراط البقر على صاحبها مفسد للاجارة ، إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض ، لاختلاف المنفعة ، لأن الأرض للانبات والبقر للشق ، ولو قدر إجارة للعامل فاشتراط البذر عليه مفسد ، لأنه ليس تبعاً له .

وبقى ثلاثة أوجه لم يذكرها المصنف ، وهى باطلة أيضا ؛ أحدها : أن يكون

وَلا تَصِـحُّ الْمُزَارَعَةُ إلا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ،

ومِنْ شَرَائِطِهَا : أَنْ يكونَ الْخَارِجُ مُشَاعًا بينَهُمَا ، فإنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ ، وكَذَلِكَ إنْ شَرَطَا مَا عَلَى الْمَاذِيَانَاتِ والسَّوَاقِي ،

البقر والبذر لأحدهما والآخر ان للآخر ، لأنها استئجار الأرض وشرط العمل ، والثانى : أن يكون لأحدهما البقر والباقى للآخر ، لأنه استئجار للبقر ببعض الخارج ، الثالث أن يكون لأحدهما البذر والباقى للآخر ، لأنه شراء للبذر ببعض الخارج ، وقد نظم شيخنا هذه الثلاث مع مسألة المتن فقال :

والبذر مع بقر ، أولا ، كذا بقر   لاغير ، أو مع أرض ، أربع بطلت

(ولا تصح المزارعة) عند من يجيزها (إلا) بشروط صرح المصنف ببعضها وهى : أن تكون (على مدة معلومة) متعارفة ، لأنها عقد على منافع الأرض ، أو منافع العامل ، والمنفعة لا يعرف مقدارها إلا ببيان المدة ، قيدنا المدة بالمتعارفة لأنها لو لم تكن متعارفة — بأن كانت لا يتمكن فيها من المزارعة ، أو مدة لا يعيش إلى مثلها — فسدت كما فى الذخيرة ، قال فى الدرر : وقيل : فى بلادنا تصح بلا بيان مدة ، ويقع على أول زرع واحد ، وعليه الفتوى ، مجتبى وبزازية .اهـ قال فى البزازية : وأخذ به الفقيه ، لكن فى الخانية : والفتوى على جواب الكتاب ، قال فى الشرنبلالية : فقد تعارض ما عليه الفتوى .

(ومن شرائطها : أن يكون الخارج) بالمزارعة (مشاعا بينهما) تحقيقا للشركة ، ثم فرع على هذا الشرط فقال : (فإن شرطا لأحدهما قفزانا) بالضم : جمع قفيز (مسماة) أى معينة ، أو شرط صاحب البذر أن يرفع بقدر بذره (فهى) أى المزارعة (باطلة) لأنه يؤدى إلى انقطاع الشركة ، لجواز ألا يخرج إلا ذلك القدر (وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات) بفتح الميم وسكون الذال — جمع ماذيان ، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول ، فارسى معرب ؛ وقيل : ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الأرض . مغرب (والسواقى) جمع ساقية ، وهى النهر الصغير ، لإفضائه إلى قطع الشركة ؛ لاحتمال أن لا يخرج إلا من ذلك الموضع ؛ وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب ؛ لأنه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج

وَإِذَا صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ تُخْرِجِ الْأَرْضُ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ .

وَإِذَا فَسَدَتِ الْمُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ، فَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الْأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ ، لَا يُزَادُ عَلَى مِقْدَارِ مَا شُرِطَ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِهَا

إلا التبن ، وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما ، لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود ، ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت ، لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ، ثم التبن يكون لصاحب البذر ، لأنه نماء بذره ، وقال مشايخ بلخ : التبن بينهما أيضاً، اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ، ولأنه تبع للحب ، والتبع يقوم بشرط الأصل ، وإن شرط التبن لغير رب البذر فسدت ، لإفضائه إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن .

ومن شروط صحتها : أن تكون الأرض صالحة للزراعة ، والتخلية بين الأرض والعامل . وتمامه فى الهداية .

(وإذا صحت المزارعة) على ماتقدم (فالخارج) بها مشترك (بينهما على الشرط) السابق منهما لصحة التزامهما (فإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شىء للعامل) لأنه مستأجر ببعض الخارج ، ولم يوجد .

(وإذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر) ، لأنه نماء ملكه (فإن كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله) ، لأن رب الأرض استوفى منفعته بعقد فاسد ، ولكن (لا يزاد على مقدار ماشرط له من الخارج) ، لرضائه بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : له أجر مثله بالغاً مابلغ ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد ، فيجب عليه قيمتها ، إذ لامثل لها . هداية . قال فى التصحيح : ومشى على قولهما المحبوبى والنسفى . اه . (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثلها) ؛ لاستيفاء العامل منفعة أرضه بعقد فاسد

وَ إِذَا عُقِدَتِ الْمُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ مِنَ الْعَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، وَإِنِ امْتَنَعَ الَّذِى لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ الْبَذْرُ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْعَمَلِ .

وَ إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتِ الْمُزَارَعَةُ ،وَ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمُزَارَعَةِ والزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ كَانَ عَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِنَ الْأَرْضِ إِلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَ، والنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا ، وَأُجْرَةُ الْحَصَادِ والرَّفَاعِ والدِّيَاسِ والتَّذْرِيَةِ

(و إذا عقدت المزارعة) بشروطها المتقدمة (فامتنع صاحب البذر من العمل) قبل إلقاء بذره (لم يجبر عليه) ؛ لأنه لا يمكنه المضى إلا بضرر يلزمه — وهو استهلاك البذر — فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره ثم بداله لم يجبر على ذلك. قيدنا بكونه قبل إلقاء البذر لأنه لو أبى بعد إلقائه يجبر لانتفاء العلة كما فى الكفاية (و إن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة ، هداية . وفيها : و إن امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كَرَبَ المزارعُ الأرضَ فلا شىء له فى عمل الكراب ، قيل : هذا فى الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل . اه .

* * *

(و إذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتباراً بالإجارة (و إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك) بعد (كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد) الزرع ؛ رعاية للجانبين بقدر الإمكان كما فى الإجارة (والنفقة على الزرع) بعد انقضاء مدة المزارعة (عليهما) : أى المتعاقدين (على مقدار حقوقهما) ؛ لانتهاء العقد بانقضاء المدة ، وهذا عمل فى المال المشترك . قيدنا بانقضاء المدة لأنه قبل انقضائها على العامل خاصة (وأجرة الحصاد) : أى قطع الزرع وجمعه (والرفاع) أى نقله إلى البيدر (والدياس) أى تنعيمه (والتذرية)

عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ ، فإِنْ شَرَطَاهُ فِي الْمُزَارَعَةِ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ .

كتاب المساقاة

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسَاقَاةُ بجُزْء مِنَ الثَّمَرَةِ بَاطِلَةٌ . وقالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : جَائِزَةٌ إِذا ذَكَرَا مُدَّةً مَعْلُومَةً

أى تمييز حبه من تبنه ، وكذا أجرة الحفظ ونحوه (عليهما بالحصص) سواء انقضت المدة أولا ؛ لأن العقد تناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود ، وصار مالاً مشتركا بينهما ؛ فتجب المؤنة عليهما (فإن شرطاه) أى العملَ المذكور الذى يكون بعد انتهاء الزرع من الحصاد ونحوه (على العامل) وحده (فسدت) المزارعة ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحدهما ، قال فى التصحيح : وهذا ظاهر الرواية ، وأفتى به الحسام الشهيد فى الكبرى ، وقال : وعن الحسن عن أبى حنيفة أنه جائز ، وهكذا عن أبى يوسف ، قال فى الهداية : وعن أبى يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل ؛ للتعامل اعتباراً بالاستصناع ، وهو اختيار مشايخ بلخ ، قال شمس الأئمة السرخسى : هذا هو الأصح فى ديارنا ، قال الخاصى: ومثله عن الفضل ، وفى الينابيع وهو اختيار مشايخ خراسان ، قال الفقيه : و به نأخذ ، وقال الإسبيجابى : وهو اختيار مشايخ العراق اتباعا للتعامل ، وقال فى مختارات النوازل : وهو اختيار مشايخ بلخ و بخارى للعرف بينهم ، اهـ .

كتاب المساقاة

المناسبة بينهما ظاهرة ، وتسمى المعاملة .

وهى لغةً :مفاعلة من السَّقى ، وشرعاً: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره.

وهى كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا ، كما أشار إلى ذلك المصنف بقوله : (قال أبو حنيفة : المساقاة بجزء من الثمرة باطلة ، وقالا : جائزة) والفتوى على قولهما كما تقدم فى المزارعة (إذا ذكرا) فى العقد (مدة معلومة) متعارفة ، قال فى الهداية : وشرط المدة قياس فيه؛ لأنه إجارة معنى كما فى المزارعة ، وفى الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج ؛ لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم

وَسَمّيا جُزْءا مِنَ الثَّمَرَةِ مُشَاعًا . وتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ والشَّجَرِ والْكَرْمِ والرِّطَابِ وَأُصُولِ البَاذِنْجَانِ ، فإِنْ دَفَعَ نَخْلاً فيهِ ثَمَرَةٌ مُسَاقَاةً والثَّمَرَةُ تَزِيدُ بالْعَمَلِ جَازَ ، وإِنْ كَانَتْ قَدِ انْتَهَتْ لَمْ يَجُزْ ، وإذا فَسَدَتِ المُسَاقَاةُ فلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ ، وتَبْطلُ المُسَاقَاةُ بالْمَوْتِ ، وتُفْسَخ بالْأَعْذَارِ كَمَا تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ .

وقل ما يتفاوت . اهـ . قيدنا بالمتعارفة لما مر فى المزارعة (وسميا جزءاً) معلوماً (من الثمرة مشاعاً) تحقيقاً للشركة ، إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم والرطاب) بكسر الراء ، كقصاع : جمع رَطْبة بالفتح كقصعة ـ القضيب ما دام رطبا كما فى الصحاح ، وهى المسماة فى بلادنا بالقصة ، والمراد هنا جميع البقول كما فى الدر (وأصول الباذنجان) ، لأن الجواز للحاجة وهى تعم الجميع (فإن دفع) المالك (نخلا فيه ثمرة مساقاة،و) كانت(الثمرة) بحيث (تزيد بالعمل)أو زرعا وهو بَقل (جاز) لاحتياجه للعمل (وإن كانت) الثمرة (قدانتهت) والزرع قد استحصد(لم يجز) لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولاأثر للعمل بعد التناهى والإدراك (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجرمثله)، لأنها فى معنى الإجارة الفاسدة (وتبطل المساقاة بالموت)لأحدالمتعاقدين ، لأنها فى معنى الإجارة، ثم إن مات صاحب الأرض فللعامل القيام عليه وإن أبى ورثة صاحب الأرض، وإن مات العامل فلورثته القيام عليه وإن أبى صاحب الأرض، وإن ماتافالخيارلورثة العامل ، لقيامهم مقامه ، وتمامه فى الدرر (وتفسخ) المساقاة والمزارعة (بالأعذار) المارة فى الإجارة (كما تفسخ الإجارة) قال فى الهداية : ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك ، لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه ، فيفسخ فيه ، ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن فى إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل عذراً ، وفيها : ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومةً يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك ؛ لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله ، وجميع الثمر والغرس لرب الأرض ، وللغارس قيمة غرسه وأجرة مثله فيما عمل . اهـ .

فهرس الجزء الثانى من كتاب

« اللباب ، فى شرح الـكتاب » للميدانى

تمت فهرس الجزء الثانى من كتاب « اللباب ، فى شرح الـكتاب » للميدانى وهو المشتمل على مقرر السنة الثانية الإعدادية من المعاهد الأزهرية ، والحمد رب العالمين ، وصلاته وسلامه على سيد المرسلين